

## (NEO)CONSTITUCIONALISMO E ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE

Thaís DIB RODRIGUES<sup>1</sup>  
Renato TINTI HERBELLA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho visa trazer a tona questões atinentes à nova forma de aplicação e interpretação constitucional, bem como a efetividade das normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais, com a consequência de termos um Poder Judiciário mais ativo. Acerca do ativismo judicial, há riscos que envolvem legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do judiciário no que tange determinadas matérias, contudo, é possível verificar além dos riscos trazidos com este fenômeno, benefícios, de modo a dar uma exacerbada concretude aos direitos fundamentais do homem. Desta forma, faz-se necessário a análise do neoconstitucionalismo, fenômeno responsável pela constitucionalização do direito.

**Palavras-chave:** Ativismo. Neoconstitucionalismo. Princípios. Direitos fundamentais. Hermenêutica.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo abordar a atuação do judiciário, e para tal fez-se necessário abordar mudanças da ciência jurídica com a evolução social e cultural, sucedendo de um positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo atual.

O neoconstitucionalismo se refere à efetivação de direitos fundamentais, tendo como objetivo tutelar direitos sociais levando em conta excessivamente os princípios contemplados em nossa atual constituição, onde mudou-se o aspecto hermenêutico, surgindo com isso problemáticas como: atuação do judiciário, legitimidade das decisões, e criação de novos princípios.

---

<sup>1</sup> Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Matriculada sob o nº 001.1.13.283. e-mail: thaisdib@hotmail.com

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientador do trabalho.

Pois para a efetivação dos citados direitos constitucionais, surge uma atuação ativa do Poder Judiciário determinando uma nova maneira de interpretação à Constituição, e com essa postura acaba por invadir outra esfera de poder estatal, que por vezes são inertes, dessa forma assume o Judiciário um papel atípico de legislar surgindo um novo protagonismo judicial perante a sociedade democrática.

Nesse contexto, o presente trabalho visa ponderar a legitimidade da atuação dos magistrados, bem como, benefícios e malefícios consequentes de tal postura.

Totalmente interligado, faz-se necessário uma análise acerca dos princípios jurídicos e seus reflexos na ciência jurídica, isso porque, são eles que permitem e dão possibilidade ao ativismo judicial, de forma a justificarem as decisões por serem gerais e abrangentes, podendo justificar quase todos os casos fáticos que chegam à justiça.

## **2 EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA**

Faz-se necessário uma breve análise sobre a evolução da ciência jurídica até o momento atual, para que se pontue a origem do neoconstitucionalismo e seu elo com os direitos fundamentais.

Em meados do século XX, no continente europeu, ocorreram grandes mudanças na maneira de enxergar a Constituição, o grande marco histórico foi a Segunda Guerra Mundial. Antes a constituição era considerada uma carta de intenção, carta política, que não tinha força normativa ampla e se baseava em programas norteadores do parlamento, e posteriormente ao evento citado, à constituição passou a ter uma diferente perspectiva, de forma que ocorreu uma aproximação de ideias democráticas surgindo o Estado Democrático de Direito, com a consequência de redefinir a constituição principalmente em relação a sua influencia e aplicação.

José Roberto Barroso destaca três marcos importantes, sendo eles:

O histórico, o filosófico e o teórico, fundamentais para solidificação da constitucionalização do direito. O marco histórico nos remete à situação

mundial do pós Segunda Guerra, com as Constituições da Alemanha e da Itália. Surge, então, o pensamento de tornar a Constituição o centro do ordenamento, onde todos os ramos do direito estariam a ela subordinada, bem como a todos os princípios e direitos fundamentais nela insculpidos, aproximando-se, assim, as ideias de constitucionalismo e democracia, e formando, em consequência, o Estado Democrático de Direito ou Estado constitucional democrático (2005, pág. 3/5).

No Brasil, o renascimento do direito constitucional, ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma “constituição cidadã”, constituição normativa, democrática e com um efetivo controle de constitucionalidade. Uma grande evolução para um país que tem em sua história períodos golpista e ditaduras, onde não existia constituição normativa e um fraco controle de constitucionalidade, portanto esse foi o marco histórico ocorrido no Brasil.

Para André Ramos Tavares (2013, p. 112 -113):

Em conclusões, muitas e profundas foram às inovações introduzidas pela constituição de 1988. Houve a partir dela, uma verdadeira “revolução” no Direito brasileiro, que, por meio de suas instituições, teve de se adaptar ao novo cenário constitucional, reformulando conceitos, substituindo institutos e implementando o novo regime constitucional.

Com consequência de tudo isso, surge um judiciário muito mais ativo, que desempenha funções que transcendem a concepção clássica de “jugador”. Ultrapassando a atividade decisória tradicional, investindo de técnicas diversificadas de solução de conflitos, bem como, interferindo em políticas públicas e ainda afirmam-se como os mais relevantes veículos de proteção aos direitos fundamentais engajando-se em mobilização sociais.<sup>3</sup>

## **2.1 Jusnaturalismo e Juspositivismo**

O constitucionalismo conforme verificado acima sofreu inúmeras mudanças na maneira de ser classificado e interpretado, de forma que posterior a Segunda Guerra Mundial, com as atrocidades praticadas durante esse período histórico, houve uma avalanche de princípios constitucionais, uma forma garantista

---

<sup>3</sup> Tese Luis Fabiano de Assis. Acessado em 07/04/2016 às 09h36min – arquivo digital – tese de doutorado: Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho. Pag. 36

voltada a direitos fundamentais e ainda com respaldo contra o arbitrário poder do Estado.

Expandindo até ao constitucionalismo contemporâneo, fase denominada neopositivista, com início na década de XX, mudando os paradigmas hermenêuticos, entende-se por hermenêutica, a arte da interpretação e compreensão de textos, e seu principal objetivo consiste em descrever como ocorre o processo interpretativo-compreensivo<sup>4</sup>.

Ao tratar sobre o tema em tela, é necessário um breve esboço de jusnaturalismo e juspositivismo.

Para Vicente de Paulo Barreto entende por jusnaturalismo a ideia de direito natural reconhecendo por direito, tudo aquilo que, no ceio do convívio humano, ocorre de acordo com uma ordem pressuposta, isto é, de acordo com uma ordem natural<sup>5</sup>, entendendo o direito como algo que provem de uma lei divina. Tal ideal teve como principais protagonistas Sócrates, Platão, São Tomás de Aquino.

Como características preponderantes do paradigma Jusnaturalista ensina Orlando Luiz Zanon Junior (2013,p. 35):

A característica mais marcante de tal paradigma da Ciência do Direito consiste em afirmar a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão. Nesta linha de raciocínio, o Direito natural seria anterior hierarquicamente mais elevado do que a legislação, cabendo apenas ser racionalmente reconhecido e incorporado ao sistema positivo para fins sancionatórios.

Em que pese o juspositivismo, foi desenvolvido por três renomeados autores: Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus e Norberto Bobbio. Nascendo uma nova ideia em decorrência de críticas ao jusnaturalismo, de forma que seria difícil estabelecer quais são esses direitos ditos superiores e naturais com base apenas em valores, conseqüentemente haveria problema com relação à fundamentação judiciária resultando em um estado de insegurança jurídica. De maneira que a solução seria positiva-los, e se assim o fizessem, esquivar-se-iam da lógica do jusnaturalismo.

---

<sup>4</sup> Nesse sentido: STRECK. Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª Ed. E-book.

Superada então, passaram a concluir que os direitos naturais existiam, mas necessitavam de positivação para sua eficácia, principalmente com a finalidade de uma maior segurança jurídica, e na previsibilidade de atos estatais, conforme discorre Bobbio (2006, p.40):

A subordinação dos juízes à lei tende a garantir um valor muito importante: segurança jurídica do direito, de modo que o cidadão saiba com certeza se o próprio comportamento é ou não conforme à lei.

No mesmo sentido está Zanon Junior (2013,p.2013):

Nesse cenário de crise paradigmática, a teoria decorrente dos estudos de, principalmente, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Hebert Lionel Adolphus Hart, lastrada na prevalência ou unicidade da Regra positiva como padrão de julgamento, aplicável mediante subsunção, assumiu o status de matriz disciplinar preponderante, haja vista que superava as principais anomalias da rede lógica anterior, que eram justamente a baixa previsibilidade da conduta aceitável pela Norma e a reduzida sindicabilidade das decisões jurisdicionais.

Desta forma, para o juspositivismo só é considerado direito aquilo que está positivado no ordenamento, assim, o que não estiver, não é direito. Tendo como principais características: (i) a separação entre o direito e a moral; (ii) a formação de um ordenamento jurídico exclusivamente positivo; (iii) a hierarquia das regras em um sistema escalonado; (iv) a aplicação mediante subsunção, e por fim, (v) a emblemática questão da discricionariedade judicial.<sup>6</sup> Assim, para os juspositivistas só é direito se estiver na lei.

### **3 (NEO) CONSTITUCIONALISMO**

Conforme visto acima, entende-se por positivismo se reduzir ao fiel cumprimento da lei, ou seja, tudo baseado na constituição e juntamente vem à mítica ideia de completude do ordenamento jurídico. Em uma visão mais atual de constitucionalismo para J.J. Gomes Canotilho (2002,p.51):

---

<sup>6</sup> Monografia: Pampricologismo: A Crise do Direito, Limites e Aplicabilidade dos princípios - Tinti Herbella, Renato,2014.

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder para fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

E para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p.26):

A expressão constitucionalismo, ao que se nos afigura, incorpora dois sentidos essenciais. Primeiro, o de movimento, o de organização, de pessoas em torno de um ideal de um objetivo. Segundo, o de constituição. Parece-nos que é isso, constitucionalismo é movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial será o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações.

Leciona Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro sobre como era à atividade Judiciária (2011, pág. 38 a 40):

É inegável a influência da teoria da separação dos poderes, tal como desenvolvida pelo Montesquieu, no modo de perceber o Poder Judiciário e as suas relações com outros Poderes, notadamente o Legislativo. E nessa visão é notório o limitado papel atribuído ao Poder Judiciário, o qual tinha sua atividade reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal. Cujas consciências deveriam ser absolutas. O pronunciamento judicial representava mera reprodução fiel do decidido abstratamente pela lei. Conforme averbado em consagrada doutrina, por razões históricas e ideológicas, o Judiciário podia ver-se como uma “autoridade”, e não como um verdadeiro e próprio poder.

Já em relação ao neoconstitucionalismo, entende-se por uma nova maneira de compreender, interpretar e aplicar o Direito, com efeito, por força desse movimento, a constituição deixou de ser “Carta Política”, conforme tratado acima, cujos preceitos eram apenas um “convite à atuação dos Poderes Públicos”.<sup>7</sup> Ou seja, a constituição deixou de apenas limitar a atuação de poderes para então positivizar diversas garantias fundamentais estabelecendo, desse modo, novos limites

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

para a atuação do referido poder.<sup>8</sup> Passando então a ter um enfoque primordial na consagração de direitos e garantias fundamentais.

Para Eduardo Ribeiro Moreira:

O neoconstitucionalismo aparece como fruto da convergência de duas tradições constitucionais distintas que cada vez mais se aproximam: a europeia (da Alemanha) e a americana (dos Estados Unidos), união que poderia se resumir em um constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material de suas normas constitucionais. ( 2008, pág. 19).

E em razão da referida mudança na maneira de interpretação, a doutrina e a atuação dos tribunais sofreram alterações, devido às novas técnicas interpretativas, com o advento da Constituição de 1988, que em seu bojo, prestigiou, dentre várias coisas importantes, a democracia e a proteção demasiada dos direitos e garantias fundamentais.

O Professor Luís Roberto Barroso (2006, p.9), define neoconstitucionalismo da seguinte forma:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas, finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

E também:

Diz respeito à atribuição de força normativa à Constituição, à ampliação da jurisdição constitucional e à propagação de nova dogmática de interpretação constitucional (2005, pág. 6)

Assim, com a nova forma de ver e interpretar a Constituição surge inúmeras consequências práticas, bem como teóricas. Contando como a principal mudança o poder dado ao judiciário, pois anteriormente a Constituição de 1988 o

---

<sup>8</sup> ABOUD, Georges. Discricionarietà Administrativa e Judicial. O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

judiciário permanecia inerte, pois a lei tinha carga vinculativa muito maior que a constituição, ficando sujeito aos ideais dos políticos eleitos no processo eleitoral democrático.

Com o neoconstitucionalismo o poder judiciário tornou-se verdadeiramente independente e, por esta razão foi o maior alvo de mudanças, já que passou a se vincular apenas à Constituição, ocorrendo uma ampliação constitucional, em razão da inércia dos demais poderes para a concretização de direitos fundamentais mínimos fazendo surgir um magistrado proativo, responsável por tutelar os valores constitucionais, bem como sua efetivação, em contrapartida, trouxe uma eterna discussão no que tange a legitimidade, uma vez que sua atuação deveria ocorrer excepcionalmente e o que se vê na prática é uma atuação cada vez maior.

#### **4 CONSEQUÊNCIAS DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Conforme abordado anteriormente, devido às constituições vindas posteriores à guerra, passando de carta de intenção, que se prestava em limitar os poderes do Estado, para um pilar estrutural totalmente garantista, e dotadas de um grau elevado de interpretabilidade feita pelo poder Judiciário, afetando o ordenamento jurídico como um todo, ocorrendo com isso uma avalanche principiológica.

Dessa forma, o poder judiciário no anseio de efetivar a justiça e aplicar a constituição conforme casos concretos acabaram por criar técnicas de hermenêutica constitucional como, por exemplo, a utilização da ponderação do princípio da proporcionalidade.<sup>9</sup>

A citada proporcionalidade aplicada levou a uma crise jurídica, gerando uma insegurança nas decisões. Podendo assim o judiciário interpretar e prolatar decisões completamente diferentes em casos iguais e fundamentar sua decisão em princípios.

Conforme disciplina Rafael Tomaz de Oliveira (2012, p.):

---

<sup>9</sup>Monografia: Pampricologismo: A Crise do Direito, Limites e Aplicabilidade dos princípios - Tinti Herbella, Renato, 2014.

Ora a judicialização da política representa um conjunto de coisas sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui. São fatores preexistentes em relação a sua atividade e atuação. São na verdade, razões de ordem político-sociais que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo, ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada em maior ou menor medida nos mais diversos países, das mais diversas origens.

Já o ativismo possui uma raiz completamente diversa. Este, sim, liga-se a um desejo do órgão judicialmente com relação à possibilidade de alteração dos contextos políticos- sociais. Pode ser conservador ou progressista. No final, o resultado é o mesmo: o Judiciário agindo por motivos de convicção e crença pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da comunidade política.

Ou seja, o ativismo está ligado a uma vontade do órgão judicante em estabelecer algum tipo de transformação social, e isso gera um grande problema inclusive na democracia do país, pois ocorre uma interferência de poderes, onde o Judiciário atua de maneira ativa onde o legislador se omite, ocasionando uma enorme insegurança jurídica.<sup>10</sup>

Com ligação ao ativismo em tela, há o uso interessante e desenfreado dos princípios, de forma a ocorrer uma ponderação de regras e os princípios justificarem qualquer situação fática, devido em sua essência serem amplos e abrangentes.

No que tange ao papel da função jurisdicional Ednilson Donisete Machado ensina (2012, pag. 113):

A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas a vontade individual do julgador, da mesma maneira que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derogariam todas as regras do sistema que promovem a autonomia necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no ordenamento, via Constituição. A autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios, evita a arbitrariedade.

A despeito de o ativismo receber inúmeras críticas, é inegável que impede a violação dos direitos fundamentais decorrentes da inoperância da Administração Pública. Devendo haver um equilíbrio ao poder dado ao Judiciário de forma que as duas extremidades não afetem a democracia, para que o juiz possa interpretar e decidir levando em conta as particularidades do caso concreto e não ser

---

<sup>10</sup> Idem página 8.

um mero aplicador da lei, mas não decidir conforme suas convicções subjetivas, pois se assim for haverá uma situação extrema de insegurança jurídica.

Cumprir destacar que o ativismo tem como finalidade controlar o abuso dos demais poderes e a excessiva morosidade destes, ou seja, visam garantir direitos fundamentais ainda que o legislador não tenha estabelecido leis para tanto. E nesse cenário se utiliza de normas gerais e princípios legais para se justificar legalmente, e não haver questionamentos no que tange a separação de poderes. Dessa forma, conflitos que aguardavam uma atuação legislativa passam a ser resolvidos de forma mais rápida e prática.

Há um perigo a democracia com essa prática e é o que a doutrina denomina de politização da justiça, pois política e direito não se confundem, pois as leis são resultados de processos eleitorais e discussões debatidas sobre o impacto que ocorreria na vida da sociedade com a criação das leis. Enquanto o direito se aproxima da ética e moral, aplicando a lei no caso concreto, de forma a diferenciá-los também pela maneira como ocorre a investidura de cargos.

## **5 CONCLUSÃO**

Buscou-se com o presente trabalho demonstrar brevemente a evolução da ciência do direito de forma gradativa, e foi possível verificar a grande contribuição trazida com novas constituições, em especial, aquelas advindas posteriores a Segunda Guerra, onde notoriamente houve grande um grande progresso no que tange a direitos sociais, contudo, além dos pontos positivos, foram expostas questões prejudiciais à democracia.

O ativismo judicial, que vem como consequência do neoconstitucionalismo, conferindo a pessoa humana um papel de destaque entre todas as relações sociais, e em resposta ao anseio da população em ter seus direitos fundamentais concretizados, a disponibilidade judiciária em dar efetividade aos preceitos constitucionais e com a constante omissão dos demais poderes tornaram o fenômeno do ativismo judicial muito corriqueiro.

Esse atual conceito modificando a forma de interpretação da Constituição, visando extrair o máximo dos preceitos constitucionais sem criar novas leis levanta dúvidas quanto à legitimidade. Sabe-se que há princípios justificadores de tais decisões que a legitimam, mas tais princípios devem ser usados com cautela, para que não os banalize, além deles, é possível legitimar tais decisões também baseados em cláusulas abertas ou também chamado pela doutrina por conceitos jurídicos indeterminados, encontrados tanto na legislação constitucional, quanto na infraconstitucional.

O que se conclui é que existe um sistema jurídico que não pode ser desprezado, de forma que não se pode depender do que determinado julgador pensa sobre o assunto, o ato de decidir questões jurídicas deve se pautar na legislação, jurisprudência, doutrina, e em julgados de situações semelhantes, bem como, princípios, mas esse último, com um maior cuidado e ponderação, para que com isso haja segurança jurídica e o mínimo de previsibilidade das decisões.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial. O ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David; Júnior, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional.** 16ª Ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BARRETO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo, (coords). **Dicionário de Filosofia Política.** São Leopoldo: Unisinos, 2010.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** RDE. Revista de Direito do Estado, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6ª Ed. Coimbra- Portugal: Almedina, 2002.

MACHADO, Ednilson Donisete. **Ativismo judicial: limites constitucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>. Acesso em 13 de abril de 2016

PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. **Poderes Executórios do Juiz**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do direito**. Documento eletrônico. Florianópolis: Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2013.