

O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição

EDUARDO ROCHA DIAS
FABIANA COSTA LIMA DE SÁ

Resumo: O advento do Estado Constitucional de Direito trouxe como consequência o reconhecimento da força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional. Esta pesquisa verifica se a força normativa da Constituição, defendida por Konrad Hesse, abriu espaço para o ativismo judicial. Para isso, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa. Inicialmente, busca-se entender o que é considerado ativismo judicial e a sua distinção em relação à judicialização da política. Depois, revisita-se a teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse e, ao final, conclui-se que a força normativa da Constituição não abriu caminho para a postura ativista do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Força normativa da Constituição. Ativismo judicial. Konrad Hesse.

Judicial activism in the light of Konrad Hesse's thought regarding the normative force of the Constitution

Abstract: The advent of the constitutional rule of law brought a result of the recognition of the Constitution normative force and the expansion of constitutional jurisdiction. It must be ascertained, in this research, the Constitution normative force, defended by Konrad Hesse, opened space for judicial activism. To reach it, it developed literature and qualitative research. Initially, search to understand what is considered judicial activism and the distinction from the politics judicialization. Then, revisits the theory of Constitution normative force of Konrad Hesse and, at the end, it is concluded that the Constitution normative force did not open the way for the activist judiciary posture.

Recebido em 8/3/19
Aprovado em 30/5/19

Keywords: Constitution normative force. Judicial activism. Konrad Hesse.

1 Introdução

Com a afirmação do Estado Constitucional de Direito na segunda metade do século XX e a superação do Estado Legislativo de Direito, houve o reconhecimento da força normativa da Constituição, materializada em sua posição de superioridade no ordenamento jurídico e vinculatividade para os poderes públicos e privados. Assim, o Poder Judiciário, ou órgãos caracterizados como tribunais constitucionais, passaram a verificar a conformidade dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo com a Constituição, exercendo um papel mais ativo ao assegurar a supremacia constitucional.

Entende-se que a ideia de força normativa da Constituição, no Brasil, consolidou-se com o surgimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). Tal conclusão é extraída do posicionamento de Sarmiento (2011), ao apontar que, apesar de existir controle de constitucionalidade desde a proclamação da República, a Constituição não era considerada norma jurídica; até 1988, no âmbito jurídico, a lei era considerada mais importante que a própria Constituição e no campo do Direito Público a lei valia menos do que atos infralegais, como decretos e portarias.

Após a CRFB/1988, verificou-se um aumento do protagonismo do Poder Judiciário, quer em razão do reconhecimento do caráter normativo de normas principiológicas, a exigirem concretização, quer na assunção de um papel mais ativo no preenchimento de conceitos indeterminados. Houve, ainda, a expansão da jurisdição constitucional, em face também do aumento do número de atores legitimados a intervir no controle de constitucionalidade. Dessa forma, o tema do ativismo judicial ganhou importância, justificando-se a pesquisa sobre o tema. Busca-se examinar neste trabalho se o ativismo judicial pode ser considerado fruto da

tese de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. Ou seja, pretende-se verificar se a força normativa da Constituição abriu espaço para o ativismo judicial.

O interesse pelo assunto foi despertado em razão da leitura de artigo apresentado no XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, no qual as autoras Ribeiro e Rocha (2014) concluem que a tese de Konrad Hesse resultou na judicialização da política e originou o ativismo judicial. Todavia, questiona-se se realmente é possível afirmar que a teoria da força normativa da Constituição resultou na judicialização da política e originou o ativismo judicial.

Para tanto, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica em artigos científicos publicados sobre a matéria, além de documentos e dados obtidos na internet. O estudo foi desenvolvido tendo por base a doutrina do Direito Constitucional, do Direito Processual Constitucional e da Hermenêutica Constitucional. No que se refere à natureza, a pesquisa caracteriza-se como de natureza qualitativa.

Primeiramente, busca-se uma compreensão do que pode ser considerado ativismo judicial e, conseqüentemente, a sua distinção em relação à judicialização da política. Em seguida, avalia-se a tese de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição com o intuito principal de analisar a sua influência sobre a postura ativista do Poder Judiciário.

2 O ativismo judicial

A compreensão do que significa ativismo judicial não é fácil. Encontram-se, na doutrina, algumas definições para o termo; porém, entende-se que, para definir seu alcance, será necessário tentar estabelecer primeiro a sua dis-

tinção em relação ao fenômeno da judicialização da política. O ponto de partida será, dessa forma, diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política.

Para Barroso (2012b), a judicialização da política e das relações sociais no Brasil resulta principalmente dos seguintes fatores: adoção de uma Constituição analítica e abrangente e do modelo de controle judicial de constitucionalidade vigente no País, em que pontificam tanto o sistema difuso como o sistema concentrado.

O controle difuso permite que qualquer juiz ou tribunal possa verificar a compatibilidade ou não da lei ou ato normativo infraconstitucional em relação à CRFB/1988, modelo que teve como fonte de inspiração o sistema americano; por sua vez, o controle concentrado (inspirado no sistema europeu) é exercido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no caso do Brasil, ou por uma corte constitucional.

Barroso também aponta como causas para a judicialização, nas democracias modernas, a valorização do Poder Judiciário com o reconhecimento de sua independência e de seu papel institucional, aliados à crise de representatividade e legitimidade que afeta o Poder Legislativo. Não menos importante é a própria opção dos representantes eleitos por frequentemente se manterem inertes em relação a assuntos polêmicos, que dividem a sociedade, e deixarem, assim, a tomada de decisão para o Poder Judiciário (BARROSO, 2012b).

Em virtude desse fenômeno, “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012b, p. 366). Barroso (2012b, p. 369, grifo do autor) aponta que

[n]esse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez que provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Com o advento da CRFB/1988, a judicialização da política aparece como fato inevitável que decorre das mudanças no papel das instituições. Não pode, portanto, ser caracterizada como opção tomada pelo Poder Judiciário, como uma postura a ser por ele adotada, guiada pela vontade de seus integrantes.

Continentino (2012, p. 128) expõe a dificuldade para se chegar a um conceito de ativismo judicial diante da falta de consenso e esclarece que a primeira menção ao termo ocorreu em 1947 nos Estados Unidos, feita por Arthur Schlesinger, identificando entre os magistrados da Suprema

Corte os ativistas e passivistas – os últimos caracterizados pela autocon-
tenção judicial.

Aceita-se que a primeira referência realizada à atuação da Suprema Corte Americana como sendo ativista teria ocorrido em 1947, quando a popular revista *Fortune* publicou o artigo “The Supreme Court: 1947”, em que Arthur Schlesinger, seu autor, analisou detidamente a atuação dos *justices* frente à Suprema Corte, distinguindo-os entre “ativistas” (*activists*) e “campeões da restritividade judicial” (*champions of judicial restraint*), os quais podem ser denominados “passivistas” (*self-restrain*), que caracterizam a “autocontenção judicial”.

O ativismo judicial ocorre se, no exercício da sua competência, o Poder Judiciário optar por um “modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, ou seja, o Poder Judiciário escolhe ter uma postura mais ativa na interpretação da Constituição (BARROSO, 2012a, p. 25). Barroso (2012b, p. 371) define o ativismo judicial como “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”.

O autor aponta três condutas que caracterizam a postura ativista:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...] b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...] c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público [...] Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito (BARROSO, 2012b, p. 371-372).

Com efeito, o Poder Judiciário opta por ser ativista quando busca concretizar os valores e fins consagrados na Constituição intervindo na competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e a escolha por ele feita pode ocorrer em casos de aplicação direta da Constituição e em casos não contemplados expressamente e sem a intermediação do legislador ordinário, de declaração da inconstitucionalidade das leis e determinação de condutas ou de abstenções ao Poder Público; ou seja, atua intervindo e impondo condutas na condução das políticas públicas, como se verifica no excerto anteriormente transcrito.

Barroso (2012b, p. 372) destaca que o ativismo judicial é legitimamente exercido quando advém de uma interpretação judicial voltada

à concretização dos valores, dos princípios constitucionais, quando exercido de maneira a “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de condutas a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)”.

Contudo, também alerta que a interpretação do texto constitucional feita pelos magistrados não pode ser exercida com a usurpação da função legislativa. Para o autor, o ativismo pode ser classificado como legítimo, desde que não configure a usurpação da função legislativa. Afirma ainda que cabe ao Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação da Constituição, mas a discussão e o reconhecimento do espírito da Constituição não devem ser feitos nem exclusivamente nem principalmente pelos magistrados, pois o poder emana do povo e não dos magistrados, então, “a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas” (BARROSO, 2012b, p. 378).

O ativismo judicial, segundo o autor, deve ser exercido pelos magistrados apenas eventualmente, pois um Poder Legislativo “atuante e investido de credibilidade” é essencial para a existência de uma “democracia sólida” (BARROSO, 2012a, p. 27). O fato de se entregar ao Judiciário ou a uma suprema Corte a atividade de interpretação e de controle de constitucionalidade repousa numa escolha institucional e em considerações empíricas de que aquele órgão chega mais frequentemente a melhores decisões, comparado, por exemplo, com outras instituições, como o Legislativo (MARMOR, 2004, p. 15).

Tavares (2012) faz menção ao ativismo judicial em relação à concretização e efetivação dos direitos fundamentais amparados pela Constituição – o que explica a concretização dos direitos fundamentais pelo juiz ativista.

Coelho (2000, p. 95) trata da criação judicial do direito apontando que o tema deve ser

“desideologizado” ou despolitizado; afirma que devem ser refutados todos aqueles que se posicionam no sentido “de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático” e de que os membros do Poder Judiciário são carecedores de legitimidade democrática, pois não são eleitos pelo povo; não são, pois, legitimados “para emitir comandos com força de lei”. Assim, percebe-se que ele chama de ativismo judicial a atividade interpretativa criadora do Direito pelo Poder Judiciário.

Todavia, ressalte-se que, neste trabalho, a mera criação judicial do Direito não é considerada ativismo judicial. Trata-se de realidades distintas; assim, torna-se necessário diferenciar o ativismo judicial da concretização da própria Constituição. Nas lições de Müller (2008), o paradigma positivista confundia a norma jurídica com o texto da norma, mas norma jurídica difere do texto da norma feito pelo legislador; os enunciados previstos na lei são considerados como texto normativo, e a norma jurídica é o produto do trabalho do intérprete e aplicador do Direito. “O dado do texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’” (MÜLLER, 2008, p. 137).

A teoria estruturante do Direito aponta uma nova concepção de norma jurídica: ela é criada pelo Poder Judiciário quando ele atua no processo de solução dos conflitos. “A norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais”; ela é composta “do âmbito normativo, isto é, o conjunto parcial de todos os fatos relevantes”, como também “do programa normativo”. A norma jurídica é construída diante do caso conflituoso a ser solucionado; a concretização é “a construção da norma jurídica no caso concreto” (MÜLLER, 2008, p. 162). Os sentidos possivelmente atribuídos ao texto estão limitados pela sua literalidade; não devem ser admitidas as decisões judiciais que vão além da literalidade da Constituição

(MÜLLER, 2005). A atividade jurisdicional, por conseguinte, comporta um elemento criativo que lhe é indissociável. O desafio é evitar que tal criação desborde para o subjetivismo e o “decisionismo”; daí a importância de uma teoria da argumentação adequada constitucionalmente, que leve em conta a atuação do julgador, seus pré-conceitos e busque, com base no dever de fundamentação e de manter a coerência e a integridade da jurisprudência, diminuir, ao menos, as possibilidades de arbitrariedade.

Para Tassinari (2013, p. 32, grifo da autora), judicialização da política é

muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguam no Judiciário do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa) [...] Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição.

A autora aponta a judicialização como consequência de alguns fatores externos à jurisdição: a CRFB/1988 passou a reconhecer um maior número de direitos, o que, conseqüentemente, passou a gerar maior número de conflitos e maior busca pelo Poder Judiciário. O fenômeno não pode ser avaliado como uma opção feita pelo julgador. Quanto ao ativismo judicial, Tassinari (2013) entende, contrariamente à judicialização, como um problema unicamente interno à jurisdição, estritamente jurídico, mas que se reflete, por óbvio, nas demais áreas. Ao buscar uma diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, conclui Tassinari (2013, p. 36-37, grifos da autora):

Primeiro, não há como negar o elo existente entre Direito e Política;

Segundo, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais;

Terceiro, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno;

E *quarto*, a judicialização da política é um “*fenômeno contingencial*”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independentemente da *postura* de juizes e tribunais, ao passo que ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.

A autora entende que a existência do ativismo judicial não estaria justificada pela relação entre Direito e Política. Ela diferencia judicialização

da política e ativismo judicial afirmando que a primeira surge quando as manifestações dos demais Poderes são insuficientes e entende o segundo como opção tomada pelo Poder Judiciário que extrapola os limites estabelecidos constitucionalmente. Assim, Tassinari (2013) parece ver o ativismo judicial apenas no aspecto negativo, pois decisão ativista seria a proferida exorbitando os limites constitucionais.

Pompeu e Maia (2013, p. 18) também apresentam uma definição para o ativismo judicial com uma conotação negativa. Para elas, “o ativismo judicial manifesta-se quando, em juízo objetivo, geral e abstrato, o Poder Judiciário invade a função típica do Poder Legislativo configurando materialmente o Direito por meio de decisões judiciais que instituem normas gerais e abstratas”.

Conclui-se que a judicialização da política é, como afirma Barroso (2012b), uma consequência das modificações estruturais ocorridas. Com o advento do Estado Democrático de Direito e a promulgação da CRFB/1988, o fenômeno tornou-se um fato que não se pode evitar, principalmente em razão dos modelos de Constituição e de controle de constitucionalidade adotados, e que surge em razão da omissão dos demais Poderes, como afirma Tassinari (2013), mas não diz respeito a uma vontade, a uma escolha feita pelos magistrados.

É inegável a posição mais atuante do Poder Judiciário com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, que, mediante o exercício da jurisdição constitucional, deve zelar pela supremacia constitucional; além de defender a Constituição, deve efetivar os valores constitucionais. Deve exercer a jurisdição constitucional, concretizar os princípios constitucionais, mas sem ultrapassar os limites que lhe foram impostos. Portanto, desde que não usurpe a função legislativa ou executiva, sua atuação é legítima. Para a concretização dos valores constitucionais, não pode o Poder Judiciário transformar-se em legislador ou executor de políticas públicas.

Sarmento (2011, p. 105) diz que a recepção do neoconstitucionalismo, no Brasil, não pode ser considerada propulsora do ativismo judicial; para ele, seria injusta a afirmação de que o “decisionismo” resulta dessa teoria, mas, segundo ele, o Poder Judiciário “repcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões”. Streck (2014) entende que o neoconstitucionalismo no Brasil resultou da recepção acrítica de algumas teorias: a jurisprudência dos valores, a teoria alemã da ponderação dos princípios e o ativismo norte-americano. O autor aponta que um maior protagonismo judicial é incentivado pelo neoconstitucionalismo.

Streck (2014) diz que o positivismo defendido por Kelsen desencadeia o “decisionismo” e a discricionariedade defendida por Hart; entretanto, afirma que a discricionariedade judicial não pode ser comparada com a do ato administrativo e que, no âmbito judicial, é sinônimo de arbitrariedade; também propõe que não se deve falar em neoconstitucionalismo, preferindo a expressão Constitucionalismo contemporâneo.

Pretende-se tratar o ativismo judicial, neste trabalho, assim como Tassinari (2013), Pompeu e Maia (2013) o fizeram, ou seja, usar o termo apenas com uma conotação negativa. Então, encara-se o ativismo judicial como uma escolha, uma opção de comportamento a ser adotado pelo Poder Judiciário além dos limites permitidos pela CRFB/1988. Ao buscar o seu sentido e alcance de forma mais expansiva, conseqüentemente invade a competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, violando funções dos outros dois Poderes.

Concorda-se com Pompeu e Maia (2013) quanto ao ativismo judicial manifestar-se em processo objetivo com a criação de normas gerais e abstratas pelo Poder Judiciário, se decorrer da violação da função legislativa, mas acrescenta-se que apenas se entende ativista a decisão que, além de criar norma geral e abstrata, tiver efeito vinculante.

3 Uma análise da postura ativista do Poder Judiciário à luz do pensamento de Konrad Hesse

Este trabalho tem como principal objetivo verificar se é possível afirmar que a força normativa da Constituição tenha contribuído para a adoção de uma postura mais ativa do Poder Judiciário, abrindo caminho para o ativismo judicial. Para tanto, primeiramente será necessário fazer uma breve análise sobre a teoria de Konrad Hesse.

No artigo de Ribeiro e Rocha (2014)¹, objeto de análise crítica deste trabalho, há a conclusão de que a tese de Konrad Hesse resultou na judicialização da política e originou o ativismo judicial. Entende-se necessário revisitar essa teoria para ao final concluir se realmente essas autoras estão certas ou se é possível um contraponto ao que elas defendem.

Ribeiro e Rocha (2014, p. 16) afirmam que “não restam dúvidas de que tanto a judicialização como o ativismo judicial são reflexos diretos do reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, que passou a exigir dos intérpretes uma nova postura, afastando a concepção formalista do método da subsunção”.

Konrad Hesse apresentou a tese da força normativa da Constituição em 1959, tendo feito uma contraposição à teoria defendida por Ferdinand Lassale, em 1862, sobre a essência da Constituição. Lassale, que adota uma concepção político-sociológica para a Constituição, entende que a Constituição real de um país é formada “pelos fatores reais do poder” e que o documento denominado de Constituição – a Constituição jurídica – é mero “pedaço de papel”. Defende que “as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas” (HESSE, 1991, p. 9). A Constituição real de um país resulta dos fatores reais de poder que estão em jogo na sociedade; seria um reflexo das relações de poder dominantes num país, como o poder militar (das Forças Armadas), o poder social (dos latifundiários), o poder das grandes indústrias e do capital (econômico) e o poder intelectual (HESSE, 1991).

Para Lassale (apud HESSE, 1991), a Constituição jurídica, ou seja, a “mera folha de

¹ O trabalho foi apresentado no XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos.

papel”, cede aos fatores reais de poder da sociedade quando em conflito com eles. E, para Hesse (1991, p. 9-10), esse pensamento – expresso ou implícito – ainda é presente. É “que, tanto na práxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, [...] a normatividade submete-se à realidade fática”.

Porém, depois de admitir que a ideia defendida por Lassale ainda permanece viva, que a Constituição jurídica é submetida à Constituição real, Hesse (1991) começa a apresentar a sua contra-argumentação e afirma que, se realmente a Constituição jurídica se submete à Constituição real, se a normatividade se submete aos fatores reais do poder, o Direito Constitucional (Ciência da Constituição) não poderá mais ser tratado como ciência normativa, como ciência do dever ser, e sim como ciência do ser. Caso fosse admitido que a Constituição real é decisiva, ocorreria a descaracterização da Ciência da Constituição (Direito Constitucional) como ciência jurídica.

O autor, então, afirma que esse pensamento deixaria de ter fundamento caso pudesse ser admitido “que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado”, caso seja admitida a força normativa da Constituição. Questiona se, ao lado da força dos fatores reais do poder, não existe também a força própria da Constituição, uma força normativa da Constituição (HESSE, 1991, p. 11). Em busca de uma resposta, Hesse (1991, p. 13) pondera que, a princípio, deve ser considerada a influência recíproca entre a realidade política e social e a Constituição jurídica. Assim, as limitações e as possibilidades de aplicação da Constituição jurídica devem ser levadas em consideração. E devem também ser analisados “os pressupostos de eficácia da Constituição”.

Aponta que a análise feita apenas de um ou outro aspecto isoladamente não trará uma so-

lução correta. Não se conseguirá uma resposta acertada ao questionamento levantado, não se conseguirá avançar se for feita uma “radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*)”. Uma radical separação entre o plano da realidade e o plano normativo levará, conseqüentemente, “aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo” (HESSE, 1991, p. 13-14).

A Constituição não é mero reflexo da realidade política e social, não é somente “expressão de um ser, mas também de um dever ser”, pois a Constituição, além de ser influenciada pelas forças políticas e sociais, exerce influência sobre elas – ou seja, é ao mesmo tempo condicionada e condicionante dessa realidade política e social. Deve-se levar em conta que a Constituição é determinada pelas condições políticas e sociais, como também se deve considerar a sua normatividade; portanto, a Constituição também é determinante da realidade (HESSE, 1991, p. 15).

Para se compreenderem os limites e as possibilidades de realização da Constituição, deve-se sopesar a relação de coordenação entre a Constituição jurídica e a Constituição real. A força normativa da Constituição não advém apenas da sua vinculação a uma dada realidade concreta; a Constituição jurídica pode estabelecer tarefas, apesar de por si mesma não poder realizar nada, e passa a ter força ativa quando as tarefas estabelecidas são realmente consolidadas. A Constituição jurídica adquire força ativa quando há uma vontade de se concretizar o que foi ordenado por ela, quando existe a vontade de se comportar conforme ao que foi imposto (HESSE, 1991).

Hesse (1991, p. 19) conclui que a Constituição passa a ter força ativa quando há na consciência coletiva a “vontade de Constituição” além da “vontade de poder”, quando há a “vontade de

Constituição”, principalmente, “na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional”. Hesse (1991) aponta os requisitos necessários para o desenvolvimento da força normativa da Constituição. Segundo ele, a Constituição desenvolverá otimamente a sua força normativa quanto maior for a correspondência entre o seu conteúdo e a realidade presente, pois, assim, adquirirá na consciência coletiva o seu apoio e proteção; mas também aponta ser necessário que ela esteja apta a adequar-se às transformações advindas nas realidades sociais, políticas e econômicas.

Além do conteúdo, aponta a sua práxis como requisito para o desenvolvimento de maneira ótima da força normativa da Constituição; a “vontade de Constituição” deve estar presente na consciência de “todos os partícipes da vida constitucional”. O respeito à Constituição é fundamental, ainda que para isso seja necessário o sacrifício de um interesse ou vantagem (HESSE, 1991, p. 21-22).

A revisão constitucional pode abalar a força normativa da Constituição quando realizada frequentemente, já que a desestabiliza. E a interpretação constitucional é decisiva para a estabilidade da força normativa da Constituição: na interpretação, os fatos condicionantes devem ser considerados numa relação com o sentido da proposta constitucional; quando ocorrer uma mudança dos fatos, a interpretação constitucional também poderá ser passível de modificação, mas o sentido do texto, o sentido da proposição normativa deve ser considerado como um limite. Uma mudança fática não poderá ser sobreposta à finalidade “de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa”. A revisão constitucional, então, tornar-se-á necessária quando o sentido de uma norma constitucional não pode mais ser aplicado em virtude de transformação ocorrida na realidade fática (HESSE, 1991, p. 22-23).

Quanto maior for o convencimento das pessoas de que têm maior responsabilidade sobre a vida constitucional, sobre a inviolabilidade da Constituição, maior a força normativa da Constituição; a força ativa da Constituição é tanto mais efetiva quanto mais intensa a “vontade de Constituição”. No entanto, Hesse afirma que a Constituição tem a sua força normativa abalada quando não mais corresponde à realidade, quando o sentido da proposição normativa inevitavelmente se torna inaplicável devido a transformações ocorridas na realidade fática (HESSE, 1991, p. 24-25). Aponta também que nem sempre a Constituição jurídica perderá a sua força normativa quando ocorrer o conflito entre ela e a Constituição real. Nem sempre a Constituição jurídica sucumbirá, pois às vezes os requisitos necessários para o desenvolvimento da força normativa da Constituição são realizáveis. Depois, Hesse (1991, p. 25-27) conclui que o Direito Constitucional é uma ciência jurídica cuja finalidade é

dar ênfase à força normativa da Constituição; é uma disciplina científica que deve “despertar e preservar a vontade da Constituição”.

Agora, buscar-se-á confrontar a concepção de ativismo judicial adotada e a tese analisada. Sabe-se que, com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, a Constituição ganhou força normativa; com a redemocratização do País e o advento da CRFB/1988, foi consolidada a concepção de que a Constituição deve ser considerada como norma superior e imperativa. Ampliou-se a aceitação da força normativa da Constituição. Ocorreu a ampliação do recurso à jurisdição constitucional.

O Poder Judiciário é o encarregado de garantir a superioridade da Constituição, verificando a constitucionalidade dos atos dos demais poderes. A CRFB/1988 apresenta regras e normas com estrutura de princípios. Sem dúvida, a presença de princípios e de conceitos indeterminados em seu texto acarretou a expansão da jurisdição constitucional, pois tornou mais necessária a atuação do intérprete e do aplicador da Constituição, visando concretizar suas disposições. Então, a expansão da jurisdição constitucional foi ocasionada pela própria estrutura da Constituição.

Contudo, ao se analisar a tese da força normativa da Constituição em Hesse (1991), percebe-se que o próprio autor – ao apontar que a interpretação da Constituição é importante para se manter a estabilidade de sua força normativa – menciona que tal atividade encontra limites no sentido da proposição normativa, pois o sentido do texto é um limite para a sua interpretação. Por conseguinte, o que se percebe é que, para a garantia da própria força normativa da Constituição, o Poder Judiciário, como intérprete e aplicador da Constituição, não deve contrariar o estabelecido no texto da Constituição.

Ainda que tenha ocorrido a expansão da jurisdição constitucional, em razão da própria estrutura da Constituição, já que prevalece o entendimento de que o texto constitucional é composto por normas com maior grau de abstração (normas principiológicas) e conceitos indeterminados, não há – segundo Hesse (1991) – permissão aos responsáveis por sua interpretação para ultrapassar os limites constitucionais; não há permissão para, em nome da aplicação de princípios, realizar interpretações que violem a proposição normativa. A Constituição passa a ter força normativa e deve ser respeitada pelo Poder Judiciário. Com a sua violação, em virtude da não conformação com o que foi estabelecido em seu texto, ocorre a desestabilização da força normativa da Constituição.

Segundo Hesse (1991), os fatos condicionantes devem ser avaliados em conformidade com o sentido da proposição constitucional e, acontecendo uma mudança fática, a interpretação constitucional é mutável – desde que se respeite o sentido do texto, o sentido da proposição nor-

mativa. Sendo impossível a aplicação do sentido da proposição normativa, será necessária uma revisão constitucional. Todavia, ressalte-se que a revisão não é ato do Poder Judiciário, que não tem competência para isso.

A jurisdição constitucional expandiu-se, e a judicialização da política é consequência das modificações estruturais ocorridas, mas o ativismo judicial não: ele decorre de uma escolha feita pelos membros do Poder Judiciário. Conclui-se que a judicialização da política é inevitável, em virtude dos modelos de Constituição e de controle de constitucionalidade adotados.

O ativismo judicial é uma opção de comportamento a ser adotado pelo magistrado além dos limites permitidos pela Constituição; ao buscar o sentido e o alcance do texto de forma mais expansiva, o Poder Judiciário exerce uma invasão na competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Para Hesse (1991), os limites do texto devem ser observados. Assim, o Poder Judiciário não pode ir além desses limites². Quando o texto constitucional organiza os poderes delimitando as suas funções, elas devem ser exercidas dentro dos limites traçados. Não há permissão para o exercício do ativismo judicial quando se tem como limite o sentido da proposição normativa e nesta se determina o respeito ao princípio da separação de Poderes. Com o exercício do ativismo judicial, a Constituição perde sua força normativa, em razão da sua desestabilização.

Ocorrendo a transformação dos fatos e não mais sendo possível a aplicação da proposição constitucional, Hesse (1991) sugere a revisão do seu texto. E sabe-se que o Poder competente para isso não é o Poder Judiciário. Segundo Hesse (1991), quanto maior a consciência de

respeitabilidade da Constituição, maior a força normativa da Constituição. Quanto maior a “vontade de Constituição”, maior a sua força ativa. O autor propõe que quanto maior o respeito ao sentido do texto constitucional, quanto maior a consciência da sua inviolabilidade pelo Poder Judiciário, maior será a força normativa da Constituição.

Quando o Poder Judiciário opta por se comportar de maneira ativista, opta por não concretizar o que foi imposto pela Constituição, que ganha força não apenas da sua vinculação à realidade concreta, mas também da vontade de comportar-se conforme o que foi estabelecido por ela. Os órgãos do Poder Judiciário são os principais responsáveis pela supremacia constitucional, de modo que a “vontade de Constituição” deve estar presente em suas consciências: o Poder Judiciário deve respeitar os limites semânticos constitucionais e evitar a postura ativista.

Para reforçar o pensamento de Hesse (1998), entende-se ser importante mencionar que, em sua obra *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, o autor estabeleceu os princípios da interpretação que orientam o procedimento de concretização das normas constitucionais. São eles: o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática, o princípio da exatidão funcional, o princípio do efeito integrador e o princípio da força normativa da Constituição³.

Segundo o princípio da unidade da Constituição, as normas constitucionais devem ser consideradas como parte integrante de um todo e assim interpretadas em harmonia com as outras normas também constitucionais. O

²No mesmo sentido, ver Müller (2005, p. 64). Ele é também defensor de uma metódica estruturante e posicionou-se apontando que não são aceitáveis as decisões judiciais contrárias ao sentido literal do texto constitucional.

³Para melhor compreensão de todos esses princípios, recomenda-se a leitura da obra do próprio autor, como também o livro *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*, de Müller (2005) ou ver o artigo de Sá (2010) *Semelhanças e dessemelhanças da interpretação constitucional com relação à interpretação jurídica em geral*.

princípio da concordância prática está vinculado ao anterior e também ao da proporcionalidade, pois determina a mesma valoração para todos os bens juridicamente protegidos; deve-se buscar harmonizá-los e evitar a total exclusão de um em proveito do outro no caso de conflito entre eles – muito embora, destaque-se, possa haver situações em que tal harmonização não se mostre possível, que um bem possa vir a ceder diante de outro, em determinado caso concreto. O princípio da exatidão funcional estabelece que a organização de Poderes assegurada pela Constituição deve ser respeitada na atividade do intérprete, ou seja, deve ser obedecida a divisão de funções fundamentais do Estado. Isso impõe atribuir ao legislador democraticamente eleito a primazia na concretização da Constituição e na harmonização de bens e direitos. Poderá o Judiciário, eventualmente, apurar se houve abusos em tal atividade. Por sua vez, o do efeito integrador, também associado ao da unidade da Constituição, busca assegurar a unidade política: o intérprete deve levar em consideração a interpretação mais propícia à integração social e política, ao passo que a força normativa da Constituição determina que a interpretação constitucional deve acompanhar a evolução da sociedade para garantia da eficácia e permanência da Constituição⁴.

Com a análise dos princípios da interpretação constitucional apontados por Konrad Hesse, reforça-se o entendimento – à luz do seu pensamento – de que não há permissão para o ativismo judicial, pois não se pode aceitar uma interpretação que viola outra norma constitucional, como a que assegura a separação dos Poderes. O Poder Judiciário, ao interpretar o texto constitucional, deve manter-se no exercício das funções a ele atribuídas e não pode violar a divisão de funções estabelecidas, não podendo

optar por uma interpretação que viole função do Legislativo ou do Executivo.

4 Conclusão

Em face dos modelos de controle de constitucionalidade e de Constituição adotados, a judicialização da política tornou-se fato que não se pode evitar. Porém, diferentemente do ativismo judicial, o fenômeno não diz respeito a uma vontade, a uma escolha feita pelos magistrados.

Não existe consenso sobre o que é o ativismo judicial; defende-se que a criação judicial do direito não pode ser confundida com o ativismo judicial, pois a concretização da Constituição diferencia-se do “decisionismo”.

O ativismo judicial, neste trabalho, é tratado apenas em uma conotação negativa, pois é considerado uma opção de comportamento a ser adotado pelo Poder Judiciário além dos limites impostos pela Constituição. Portanto, como um ato de vontade, uma escolha feita pelos magistrados. Uma postura ativa de interpretar a Constituição além dos limites constitucionais, ocorrendo, conseqüentemente, uma violação das funções dos outros dois Poderes.

Mesmo que tenha ocorrido a expansão da jurisdição constitucional, em razão da própria estrutura da CRFB/1988, pois o texto constitucional é composto por normas com maior grau de abstração (normas principiológicas) e conceitos indeterminados, conclui-se que, segundo Hesse (1991), não há permissão para os responsáveis por sua interpretação irem além dos limites constitucionais, nem para, em nome da concretização de princípios, chegarem a interpretações que violam a própria Constituição. O Poder Judiciário deve respeitar o limite semântico do texto constitucional, levando em conta que quanto maior a consciência de respeitabilidade da Constituição maior a sua força normativa.

⁴ Para mais detalhes, ver Sá (2010, p. 67-79).

Reforça-se mais ainda essa conclusão quando também se considera que, em outra obra, Hesse (1998) apontou os princípios da interpretação constitucional e que, segundo o entendimento firmado nesses princípios, percebe-se que não há margem para o ativismo judicial.

Sobre os autores

Eduardo Rocha Dias é doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal; professor do programa de mestrado e doutorado da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; procurador federal da Advocacia-Geral da União, Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: eduardordias@hotmail.com

Fabiana Costa Lima de Sá é mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil; doutoranda do programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil; professora do Centro Universitário Estácio-FIC, Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: fabianacl.sa@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan./mar. 2020. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p165

(APA)

Dias, E. R., & Sá, F. C. L. de (2020). O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 57(225), 165-179. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p165

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn] Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 31 maio 2019.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 48. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Saraiva de Legislação).

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e da interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO,

Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica: IDP, 2000. p. 15-102.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, n. 72, p. 123-153, mar./abr. 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição* = Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20. edição alemã de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

MARMOR, Andrei. Constitutional interpretation. *USC Law and Public Policy Research*, [s. l.], no. 04-4, p. 1-31, 2004. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=506302. Acesso em: 31 maio 2019.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução: Dimitri Dimoulis *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do Legislativo. In: JORNADA DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO, 6., 2013, Fortaleza. *Anais [...]*. Fortaleza: Unifor, 2013.

RIBEIRO, Civana Silveira; ROCHA, Ana Paula Pinto da. A força normativa da Constituição defendida por Konrad Hesse como abertura para os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11.; MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS, 7., 2014, Santa Cruz do Sul. *Anais [...]*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2014. p. 1-20. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/view/11707>. Acesso em: 31 maio 2019.

SÁ, Fabiana Costa Lima de. Semelhanças e dessemelhanças da interpretação constitucional com relação à interpretação jurídica em geral. *Revista Científico*, Fortaleza, v. 1, ano 10, p. 67-79, jan./jun. 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 73-113.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., modificada e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.