

**ATIVISMO JUDICIAL: VONTADE DE PODER OU VONTADE DE
CONSTITUIÇÃO? UMA LEITURA DO INSTITUTO À LUZ DO DIÁLOGO
HESSE-LASSALE**

*JUDICIAL ACTIVISM: WILL TO POWER OR WILL TO CONSTITUTION? A
READING OF THE INSTITUTE IN THE LIGHT OF THE HESSE-LASSALE
DIALOGUE*

Jussara Maria Moreno Jacintho*

Eduardo Gomes Ribeiro Maia**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo estudar os efeitos do ativismo judicial sobre a atual interpretação constitucional à luz das principais obras de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale, a fim de compreender se as diversas alterações – não só interpretativas como também materiais, através das Emendas Constitucionais – estão sendo promovidas pelos fatores reais de poder ou se possuem o escopo de preservar a força normativa da Carta constitucional. Dessa forma, tal estudo é de grande importância, uma vez que contribui para a inarredável vigilância da Carta Constitucional de 1988, bem como para a compreensão das recentes viradas interpretativas conferidas pela Corte Suprema.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Constituição. Interpretação. Força normativa.

Abstract

This article aims to study the effects of the judicial activism on the current constitutional interpretation in light of the main works of Konrad Hesse and Ferdinand Lassale, in order to understand if the different changes - not only interpretive ones but also substantial ones, through Constitutional Amendments - are being provided by the real factors of power or if they have the scope of preserving the normative force of Constitutional Charter. In this way, the present study is relevant, as it has the vision to contribute to a permanent inspection of the Constitutional Charter, as well as to the understanding the last interpretive turns conferred by the Supreme Court.

Keywords: Judicial activism. Constitution. Interpretation. Normative force.

* Professora da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Sumário

Introdução. 1. Breves Considerações Acerca do Ativismo Judicial. 2. Uma Carta Política com Excesso de Emendas. 3. Ativismo Judicial como *Vontade de Constituição* ou *Vontade de Poder*. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise descritiva acerca dos efeitos do ativismo judicial sobre a atual interpretação constitucional, à luz das principais obras de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale, a fim de compreender se as diversas alterações – não só interpretativas como também materiais, através das Emendas Constitucionais – estão sendo promovidas pelos fatores reais de poder ou se possuem o escopo de preservar a força normativa da Carta constitucional.

Nesse contexto, sabe-se que a Constituição brasileira de 1988, gestada após um longo período de restrições na liberdade individual do cidadão, decorrentes do período histórico de ditadura militar, trouxe em seu bojo vontades e sonhos de concretização da cidadania plena. Proteções e garantias foram conferidas ao cidadão frente à atuação invasiva do Estado vivida naquele momento. Além das proteções, a redemocratização trouxe a construção e previsão normativa de direitos sociais que engatinhavam no país, e que, por sua própria natureza, ainda demandavam – e demandam – estruturação e execução para serem alcançados. Destarte, questiona-se, seria a nossa Carta apenas uma “Carta de Promessas”?

Assim, o tema proposto justifica-se com base na pertinência do tema no cenário atual, uma vez que, com 3 (três) décadas de vigência, a Constituição brasileira já alcança a sonora marca de 100 (cem) emendas em seu texto originário. E não é só isso. Mesmo sem a alteração material de seu texto, temos visto a constante necessidade de reinterpretção de seus dispositivos pelo Supremo Tribunal Federal, culminando no instituto conhecido como ativismo judicial.

Dessa forma, como resultado mais recente deste movimento, é possível destacar o julgamento cujo objeto foi a alteração do momento de cumprimento da pena de condenado em ação criminal, considerada uma das mais tradicionais garantias do

cidadão, cuja aplicação desde 88 era possível somente após o trânsito em julgado, como expressão maior do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, para o momento de exaurimento de recursos já em segunda instância.

O interesse na alteração de um dispositivo tradicional e de interpretação sólida após quase 3 (três) décadas de sua gestação pode não se justificar apenas pela evolução do direito, como pode também não se arvorar na concreção da norma constitucional.

As razões de tamanha instabilidade na interpretação da norma constitucional decorrem de qual vontade: a de poder ou de constituição? A movimentação constante da Carta Constitucional, seja em seu conteúdo material, seja em sua interpretação, decorre da chamada “vontade de constituição” determinada por Konrad Hesse ainda em 1959? Ou numerosas alterações – material e interpretativa – decorreriam dos “fatores reais de poder”, prelecionados por Ferdinand Lassale ainda no século XIX?

Sabe-se que o ativismo tem se arvorado na dogmática decorrente da confluência do jusnaturalismo e do positivismo, antes consideradas isoladamente, ou modelos puros, todavia, no atual momento histórico, entendidos como complementares. Seus efeitos, pois, tem autorizado uma abertura interpretativa da norma constitucional à luz de princípios e, por isso, conduzido o Supremo Tribunal Federal, de forma deliberada, a reinterpretar dispositivos consagrados da Constituição.

Nesse ínterim, o desenvolvimento do presente trabalho foi dividido em 3 (três) tópicos, nos quais discorreu-se de forma dissertativa. No primeiro tópico, foi analisado o ativismo judicial, desde a forma como este se firmou no Brasil até o viés de atuação do Judiciário do país.

No segundo tópico, analisou-se a produção legislativa, sob a ótica da rigidez constitucional, bem como fazendo uma comparação da visão de Hesse e da de Lassale acerca do tema.

Por fim, o terceiro tópico tratou do ativismo judicial como *vontade de constituição* ou *vontade de poder*, analisando o alargamento da atuação jurisdicional, sob o enfoque da legitimidade democrática.

Para tanto, na realização da pesquisa utilizou-se, especialmente, a análise de documentos, livros e artigos científicos, a partir de consulta diretamente nos livros e sites especializados.

1 Breves Considerações Acerca do Ativismo Judicial

Se de um lado podem-se enumerar atualmente quase uma centena de emendas à Constituição, como produto de um processo legislativo acelerado, de outro não é possível precisar quantas vezes a norma constitucional foi interpretada e reinterpretada pelo Supremo Tribunal Federal.

De fato, são muitas as controvérsias a respeito das normas constitucionais e, em razão disso, tem-se assistido a um período de viradas interpretativas nos mais diversos dispositivos da Carta Política, desde aqueles de índole técnico-organizatória, às tradicionais garantias fundamentais. No que tange à interpretação como vetor da força normativa da Constituição, ensina Hesse:

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, tem a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. (HESSE, 1991, p. 22)

A interpretação, portanto, deve ser considerada como um vetor da normatividade de uma Constituição e esta interpretação cumpre, a seu termo, ao Poder Judiciário. Com efeito, é na atuação proativa do órgão judiciário que está um dos debates centrais do Direito atual: o ativismo judicial.

No Brasil, até 1988, a Constituição não tinha como premissa a efetivação dos direitos ali presentes, de forma que tais direitos, além de dependerem da atuação do Executivo, não tinham garantias para tal atuação. Assim, não havia uma separação de poderes tão exata, bem como o Judiciário não se mostrava politicamente importante.

Contudo, conforme aduz Fernanda Medeiros:

(...) a Assembléia Constituinte de 1987/1988, influenciada pelos ideais do neoconstitucionalismo, promulgou uma Constituição contendo uma imensa

quantidade de obrigações para o Estado, passíveis de serem exigidas pela população em geral.

Diante disso, verifica-se que, influenciado pelas teorias pós-positivistas, o Brasil passa a enfatizar na Constituição o exercício dos direitos fundamentais e sociais, assim como o caráter normativo dos princípios, além da supremacia da Constituição a ser assegurada pelo controle de constitucionalidade. (MEDEIROS, 2016, p. 4-5)

Dessa forma, tem-se que as constituições brasileiras, após a proclamação da República, passaram a atender, formalmente, a vontade do povo, haja vista ser este detentor da vontade soberana do país. Contudo, a supremacia judicial adveio apenas com a Constituição de 1988, de forma que o Judiciário assume um importante papel interpretativo das normas constitucionais. Nesse ínterim, Adrualdo de Lima Catão aduz que:

Foi por meio da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais que surgiu uma nova forma de realização da democracia, e, ao mesmo tempo, passou a limitá-la pelo constitucionalismo. Assim, a promulgação da Constituição federal de 1988 veio apresentar um modo distinto de interpretar e aplicar o Direito, acarretando em um aumento da atividade do Poder Judiciário e uma preponderância deste Poder em suas decisões.

É a partir dela que surgem novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos legitimados a pleiteá-los. São os direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos direitos produziram novos atores, que determinaram a transferência do conflito da zona política para a jurisdicional; dessa forma, as demandas sociais se tornaram jurídicas e a consagração de novos direitos provoca uma explosão de litigiosidade significativa, realçando ainda mais a incapacidade e as deficiências da estrutura judiciária, uma vez que passou a ser requisitada de forma ampla. Isto porque quanto mais ampla for a Carta de Direitos e as garantias de sua eficácia, maior será a tendência de judicialização desses direitos. (CATÃO, 2014, p. 56-57)

Nesse sentido, “a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas, também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas” (HESSE, 1991, p. 15).

Assim, acerca do conceito de ativismo judicial, leciona Luis Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a

aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 6)

E esta atuação judicial não é um fenômeno percebido apenas pelos operadores do Direito, ou no meio acadêmico, mas uma temática que ganhou a atenção da sociedade e, sobretudo, da mídia.

Atualmente, é possível dizer que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal ocupam as manchetes dos jornais, e seus ministros são conhecidos por nome e sobrenome pela população, quando não suas posições jurídicas. Os julgamentos têm larga divulgação midiática, transmissão televisiva e espaço privilegiado na grande mídia, especialmente nos casos de discussões mais acaloradas, o que não tem sido raridade. O ativismo judicial é, pois, tema de elevada profusão social.

Com efeito, diante da crise de legitimidade pela qual passam o Legislativo e o Executivo, ao Judiciário foi conferida a incumbência de decidir as questões mais caras para a sociedade. Há, de forma generalizada, a sensação de que, sob a rubrica da imparcialidade, o Judiciário pode conceder a melhor decisão sobre os temas da vida cotidiana.

Nesse ponto, merece registro o fato de que tal bandeira tem sido empunhada por seus próprios membros que, mesmo sem provocação, saem em defesa do instituto, a exemplo do próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, considerado um dos maiores entusiastas do ativismo, que tem se esforçado em seus discursos a justificar a assunção desse protagonismo pelo Poder Judiciário, consoante se pode extrair de suas lições:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como

regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (BARROSO, 2012, p. 11-12).

Quase sempre ancorados na falta de legitimidade da classe política, formadora dos Poderes Legislativo e Executivo, não são poucos os argumentos a favor do ativismo. De outra banda, não são poucos, também, os que compreendem tal atuação como infringência ao princípio da separação dos poderes. Dessa forma, consoante Carlos Alexandre Campos:

Embora incontestável do ponto de vista descritivo, o ativismo judicial não é unanimidade sob a perspectiva normativa. A ascensão política de juízes e cortes sempre foi alvo de muitas críticas. A prática é acusada de afrontar o princípio democrático e o valor do autogoverno popular.³³ Fala-se em mutação do “Estado legislativo parlamentar em um Estado Jurisdicional governado pelo Tribunal Constitucional” e que “esse Tribunal torna-se, em sentido peculiar, o soberano da constituição” em clara violação ao princípio da separação de poderes. Outros destacam a carência de capacidade institucional do Judiciário, comparado aos Poderes Legislativo e Executivo, para avançar os comandos constitucionais na direção das transformações sociais. (CAMPOS, 2014, p. 20)

Segundo Elival da Silva Ramos:

Qualquer tentativa de assentar critérios dogmáticos para a filtragem das práticas judiciais, reputando-as ativistas ou não, há de passar, necessariamente, pela doutrina das questões políticas. Com efeito, tem sido esse o parâmetro invocado com mais frequência, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, para extremar o campo de atuação constitucionalmente franqueado ao Poder Judiciário, daquele em que lhe é vedada a incursão, sob pena de infringência ao princípio da separação dos Poderes. E de tal sorte se tornou fonte inspiradora do *self-restraint* judicial na Primeira República que acabou ingressando no corpo da Constituição de 16 de julho de 1934, cujo artigo 68 declarava ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

Onde quer que haja poder discricionário há atividade política; nem por isso, saltando o órgão agente as lindas da sua competência, se veda ao Poder

Judiciário o conhecimento da questão eminentemente jurídica, como lhe caberia conhecer de qualquer questão de devolução de competência. Toda discricionariedade é *interior*, é 'dentro'; nesse *branco*, que as raias das atribuições concedem, é que o aspecto ou a dimensão é só concernente à *política*. O que é difícil (...) é que a questão política não possa, em certas circunstâncias, fundamentar pleito legal, apresentar aspecto, lado, caráter ou dimensão política; de modo que o princípio de não cognição do caso político deve ser entendido como se estivesse escrito: 'É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões que não tenham sido postas sob a forma de ação em juízo, ou por não serem suscetíveis de se proporem como tais, ou porque não se enunciou como tais ao autor, ou, na reconvenção, o réu'. Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo, ou do Poder Judiciário, ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica. (RAMOS, 2015, p. 145)

Outrossim, conforme Daniel Mitidiero:

A função da Corte Suprema, portanto, está em promover a unidade do Direito, mediante a sua adequada interpretação. Como, de um lado, a interpretação jurídica pode dar lugar a uma multiplicidade de significados, e como, de outro, o Direito encontra-se sujeito à cultura, a unidade do Direito que a Corte Suprema visa a promover tem duas direções distintas: essa é tanto retrospectiva como prospectiva. Vale dizer: a Corte Suprema visa à promoção da unidade do Direito tanto para resolver uma questão jurídica de interpretação controvertida nos tribunais como para desenvolver o Direito diante das novas necessidades sociais, outorgando adequada solução para questões jurídicas novas. (MITIDIERO, 2017, p. 79)

Desta feita, não obstante considerado nocivo por muitos doutrinadores, uma vez que o instituto tem ganhado corpo sem esbarrar em limites objetivos, percebe-se, por vezes, uma evidente usurpação da atividade legislativa, mormente quando confrontado com o princípio da separação de poderes e, sem embargo, incorre na própria deslegitimação do Poder Judiciário, o que não é desejável numa democracia.

2 Uma Carta Política com Excesso de Emendas

Tem-se que a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 é uma constituição rígida, sendo este tipo conceituado como o que necessita de procedimentos especiais, mais difíceis (específicos) para sua modificação, sendo tais procedimentos definidos na própria Constituição (GONÇALVES, 2017, p. 35).

Posto que fora traçado, ainda que em linhas gerais, o cenário de ativismo judicial vivido hodiernamente, mister se faz perpassar sobre a também alarmante produção legislativa, em especial sobre o único instituto que visa à alteração formal da Constituição, qual seja, o da emenda constitucional.

Com efeito, e valendo-se num primeiro momento da frieza dos números, temos que, em menos de 30 (trinta) anos de vigência, a atual Carta Política está prestes a receber a centésima emenda.

É certamente um número elevado para um prazo curto. Diz-se isto levando-se em consideração que, para que seja emendada, a própria CF exige o processo legislativo mais demorado e complexo de todo o ordenamento jurídico, bem como limites temporais e formais, senão vejamos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Trata-se, portanto, de procedimento complexo, mas que, nestas 3 (três) décadas fora alcançado por quase uma centena de vezes. Assim, confrontando-se os dados em detrimento do lapso temporal, verifica-se uma atividade legiferante a pleno vapor que não se justifica, ao menos no que diz respeito à eficácia normativa. Desse modo, exsurgem necessárias as seguintes indagações: estariam as emendas atendendo à

dinâmica do direito? O conteúdo da Constituição Federal teria sido renovado a fim de corresponder à evolução social?

A esse respeito, Hesse compreendia que “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” (HESSE, 1991, p. 20).

Destaque-se que não pretende o presente artigo adentrar ao mérito das emendas constitucionais, mas propõe-se avaliar se a sua elevada ocorrência pode significar o atendimento a interesses transitórios daqueles que manejam este processo legislativo. Deste cenário exclusivamente estatístico, é possível atribuir alguma razão a Lassale (1933, p. 17) quando determinou que em síntese, em essência, a Constituição de um país: corresponde à soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.

O citado autor defendia que as questões constitucionais não seriam questões jurídicas, mas, sim, questões políticas. Desta assertiva, considerando-se o Brasil como um país cuja classe política tem sido diuturnamente protagonista de episódios de claro atentado ao ordenamento jurídico, culminando numa crise sem precedentes que tem lhe tirado a legitimidade, é possível conferir certo grau de razão a Ferdinand Lassale.

As sucessivas e incansáveis emendas à Constituição brasileira expressam as relações de poder dominantes. Ou seja, este processo contínuo de alterações e de emendas ao texto político não está arvorado exclusivamente nas mudanças sociais, ou no interesse de preservar a força normativa de seus princípios fundamentais, mas, também, nos interesses políticos que movem aqueles atores principais da vida constitucional.

Lassale defendia a ideia da existência de duas constituições em uma mesma nação: a real e a jurídica. A Constituição real seria o resultado de uma conjugação de interesses daquilo que o autor convencionou chamar de “fatores reais de poder”, cujas “relações fáticas constituiriam a força ativa determinante das leis e das instituições”. A constituição jurídica, a seu termo, seria o instrumento onde estariam expressos o resultado da soma daqueles interesses, ou seja, segundo o próprio autor, “um pedaço de papel”.

Nas palavras do autor:

Uma Constituição real e efetiva a possuíram e possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso.

Da mesma forma e pela mesma lei da necessidade de que todo corpo tenha uma constituição própria, boa ou má, estruturada de uma ou de outra forma, todo país tem, necessariamente, uma Constituição real e efetiva, pois não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais de poder, quaisquer que eles sejam. (LASSALE, 1933, p. 25)

Concluía o autor defendendo que, do confronto entre estas duas constituições, haveria uma derrota inevitável da Constituição escrita.

3 Ativismo Judicial como *Vontade de Constituição* ou *Vontade de Poder*

A partir dessas duas ocorrências, quais sejam, produção desenfreada de emendas e ativismo judicial, é possível dizer que a CF possui a estabilidade desejada no discurso de Konrad Hesse? Está ocorrendo a vontade de constituição defendida pelo autor? Ou vivemos apenas a vontade de poder de Lassale? Ou, ainda, pode-se dizer que os fatores reais de poder têm mostrado sua proeminência sobre o texto constitucional? Estaria a Constituição sujeita ao alvedrio dos fatores reais de poder, segundo prelecionou Lassale?

Responder a estas indagações demandaria um debate profundo e complexo que, para muito além das breves linhas deste artigo, porquanto trate da disputa de poder que permeia e produz efeitos na ordem constitucional do país.

No entanto, a fim de aproximar os institutos estudados com as teorias de Lassale e Hesse, faz-se necessário tentar extrair o caráter subjetivo que os motiva, em outras palavras, as razões que levam seus agentes a assumir papéis de elevada carga de responsabilidade quando muitas vezes poderiam, ou deveriam, omitir-se ou autoconter-se, no caso do Judiciário.

Assumir o protagonismo das questões mais caras à sociedade exige, sobretudo, legitimidade, e como dito alhures, aqueles que compõem o Judiciário, ainda que sejam agentes políticos, não possuem investidura democrática, ou por meio de eleição, de modo que esta falta de chancela se apresenta como um grande impeditivo a essa vontade de protagonizar os debates sociais. Sendo assim, ainda que esta vontade/interesse seja visto com estranheza, há algo que a aproxima das lições de Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*. (HESSE, 1991, p. 19)

É certo que aos magistrados, desembargadores e ministros, enquanto intérpretes da lei possuem inquestionável interesse de ver triunfar a Carta Magna. Quanto a isso não se pode ceder qualquer margem para questionamento. Mas é certo, também, que o fazem com desapegado interesse, ou seja, atendendo a fim maior que eles mesmos.

Assim, ainda que imbuído nas três vertentes lecionadas por Konrad Hesse, é indubitoso que o Judiciário assume uma função política, mormente quando atua a invalidar os atos oriundos dos demais poderes, que, ao contrário deste, são formados por legítimos representantes eleitos pelo povo.

Este alargamento na atuação e da jurisdição constitucional, sob o enfoque da legitimidade democrática, certamente encontra óbice e enfraquecimento quando não observa sua própria e necessária isenção ou imparcialidade. Ora, assumir uma posição que não lhe fora conferida, por maior que seja a necessidade - e aqui se fala de necessidade considerando a crise política atualmente vivida no país -, não se mostra razoável àquele que tem como princípio basilar estrutural o da inércia.

Muito embora se possa conceder ao ativismo o mérito de conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais, o mesmo se pode dizer que esta atuação não tem encontrado limites claros.

Destarte, sem a legitimidade democrática necessária para assumir um papel cuja lacuna existe, mas que são claramente concedidos àqueles eleitos pelo povo, parece nos levar à conclusão de que há certa vontade de poder, mormente quando considerado que o Poder Judiciário por vezes age em benefício próprio e seus atos sofrem controle apenas pelo próprio órgão.

Parece não ter o Judiciário assumido um protagonismo nacional, ora atuando como legislador negativo, ora como positivo, por mero acaso. Há, neste cenário, um interesse que não está muito claro.

Esta atuação realizada de forma atípica, e por que não dizer, ilimitada, com aceitação midiática, acaba por acender um sinal de alerta para questões também muito caras ao Estado Democrático de Direito, sobretudo podendo descaracterizar e tornar obscura a função típica do próprio órgão Judiciário.

É certo que ao assumir uma bandeira pública e consentir com a atuação proativa de seus membros com certa interferência nos demais poderes, está a se enviar uma mensagem de que age-se por omissão dos demais. Ocorre que esta suposta omissão denota ineficiência, enquanto aquele que a assume, demonstra um certa dose de competência, aqui considerada como predicado. Outrossim, há evidente disputa entre os Poderes por lisura. Essa disputa decorre do momento de crise de legitimidade por que passa o país. Em outras palavras, quanto mais probo e competente se apresenta um determinado Poder, aos demais restariam somente o descrédito e a desconfiança da população.

Considerações Finais

O presente artigo buscou fazer uma pesquisa descritiva acerca de um dos temas mais atuais e palpitantes do cenário social, qual seja, o ativismo judicial, especialmente sob o enfoque de intervenção do Poder judiciário nas atribuições concernentes aos demais Poderes, a fim de permitir o diálogo com os discursos de Ferdinand Lassale e Konrad Hesse, sobretudo no que tange às ideias de *vontade de poder* e *vontade de constituição*.

Com o escopo de evitar uma análise excessivamente isolada do ativismo, buscamos ilustrar parte da atividade legislativa à luz das emendas constitucionais, sobretudo da velocidade de sua incansável produção. Assim, de uma análise apenas numérica, foi possível perceber um processo interminável de emendas constitucionais cujos efeitos não se verificam de maneira objetiva, ou, sobretudo, sua intenção de conferir maior normatividade ao corpo constitucional.

Destarte, retoma-se ao ativismo a fim de compreender se é possível identificar neste instituto uma aproximação às lições de Hesse e Lassale, a fim de compreender se há prevalência da *vontade de poder* ou da *vontade de constituição*.

Assim, a mencionada problemática necessitou de uma leitura sobre as principais obras dos mencionados autores, quais sejam, “A essência da Constituição” e “A força normativa da Constituição”, bem como de autores atuais sobre o tema ativismo.

Nesse quadrante, destacando que quaisquer conclusões demandariam uma análise mais profunda, bem como certa dose de subjetividade em sua avaliação, convém destacar que o ativismo judicial, em si considerado, pode ser definido como contrassenso se se parte da separação dos poderes. Não obstante o esforço argumentativo de seus defensores, bem como as vantagens normativas que podem ser alcançadas por tal postura proativa, jamais se pode desconsiderar que se trata de intromissão de um Poder na atividade dos demais.

Com efeito, as obras tanto de Hesse, quanto de Lassale trazem valiosas lições quanto à postura dos participantes da vida constitucional, sobretudo nas dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

Nesse passo, é possível visualizar tanto na excessiva produção legislativa, quanto no ativismo judicial, vontades e interesses subjacentes de inequívoco jogo político, mormente quando se percebe que ao povo, legítimo detentor do poder, consoante a própria Constituição, fora relegado o papel de mero espectador.

Em outras palavras, a atuação proativa de um órgão nos demais poderes da República, deveria, ou poderia, ser feita mediante a provocação da participação popular. Assim, excluindo-se a participação democrática, não resta mais nada que uma disputa de poderes, haja vista que isoladamente nenhum deles pode fazer prevalecer a vontade de constituição determinada por Hesse. Para ele, esta vontade deve decorrer não só da compreensão de necessidade de uma ordem insuperável, mas também da compreensão de que esta ordem deve ser legitimada pelos fatos e, sobretudo, pelo concurso das vontades humanas (HESSE, 1991, p. 19-20).

Nesse diapasão, somente a harmonia entre os poderes, bem como a utilização de instrumentos invocadores da participação popular, poderia obedecer as premissas da vontade de constituição.

A seu termo, não se pode olvidar que há, mormente tendo em vista a falibilidade humana, extrema vontade de poder, mormente quando se verifica o desinteresse desses atores da vida constitucional na participação popular. A vontade de poder é de um silêncio ensurdecador. Movidos por interesses não revelados, os poderes constituídos tem empunhado bandeiras e assumido comportamento determinado em busca de satisfação próprias. Há inequívoca vontade de suprir interesses de uma minoria em detrimento da preservação do princípio constitucional. Não há convocação de todos os envolvidos para a conformação constitucional, mas somente de alguns, ou melhor, somente daqueles que, detentores de poder, autodeterminam-se responsáveis pela concretização da vontade da Carta Constitucional.

Não obstante se reconheça que fora deixada de lado a discussão hermenêutica e as concepções modernas de interpretação da norma, que são, em tese, os argumentos justificadores do ativismo judicial, repise-se que o presente artigo não pretendeu avaliar a justeza dos critérios atuais ou adentrar na discussão acerca da sua utilização, mas, tão somente, verificar se à luz das teses constitucionais de Lassale e Hesse, é possível verificar o *animus* do Poder Judiciário quando em atuação progressiva e proativa, culminando com o chamado ativismo.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição - Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1999.

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 5, p. 9-44, 2001.

_____. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo

Horizonte: Fórum, 2013.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *Direitos sociais e o pragmatismo jurídico: do caso Lockner à proibição do retrocesso social*. Revista Jurídica da Presidência, v. 16, n. 109, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Editora Liber Juris, 1933.

MEDEIROS, Fernanda Correia Lima Rodrigues de. *Ativismo judicial: uma análise sob a ótica do princípio da separação dos poderes*. Conteúdo Jurídico, 19 maio 2016. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ativismo-judicial-uma-analise-sob-a-otica-do-principio-da-separacao-dos-poderes,55941.html>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremos: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002.

Submetido em 26 de julho de 2018.

Aprovado para publicação em 17 de julho de 2019.

