

A RELAÇÃO ENTRE FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO, CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE E ATIVISMO JUDICIAL

Cartejane Boguea Vieira Lopes
Gabriela Ferreira Sousa¹

RESUMO

A pesquisa visa analisar a relação entre Constituição Dirigente, Força Normativa da Constituição com o ativismo judicial, isto é, em que sentido a mudança paradigmática fez com que o Judiciário passasse a ser um poder político efetivo. No mesmo sentido, analisa-se como o ativismo judicial está expresso na Constituição Federal de 1988, entre elas no chamado controle de constitucionalidade. Ligado a esse aspecto, perscruta-se como as transformações ocorridas na concepção de Poder Jurisdicional fizeram com que ocorresse uma politização do Judiciário, podendo este poder ter maior autonomia na interpretação da norma.

PALAVRAS-CHAVE: Força Normativa da Constituição. Constituição Dirigente. Ativismo Judicial.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se identificar os mecanismos criados para efetivação do STF enquanto poder político de fato e a possível relação dessas inovações estruturais com as concepções de *Força Normativa da Constituição* e *Constituição Dirigente*.

A pesquisa propõe-se analisar a relação entre as mudanças ocorridas no Poder Judiciário a partir da Constituição de 1988, no sentido da construção de um poder político efetivo, e os conceitos de Força Normativa da Constituição e Constituição Dirigente.

O interesse pela problemática surgiu a partir de questionamentos sobre a existência de um Poder Judiciário enquanto político efetivo, expresso no artigo 2º da *Constituição*

¹ Estudantes do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

Federal/88 – “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Inerente à problemática da politização do Judiciário busca-se compreender o ativismo judicial.

Essa empreitada envolve formas diferenciadas de dialogar com as fontes e as formulações conceituais no horizonte teórico do Direito. Pois este estudo investiga um território parcialmente novo, pouco explorado, se não pela tradição científica geral, mas certamente para os autores deste estudo.

De maneira geral, busca-se minimamente enriquecer a literatura sobre a temática em questão, contribuindo para o alargamento das discussões sobre a relação politização do Judiciário, ativismo judicial e a construção dos paradigmas da *Força Normativa da Constituição* e *Constituição Dirigente*.

2. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A AÇÃO DO STF NA EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

2.1 Concepção de Hesse para Força Normativa da Constituição e de Canotilho para Constituição Dirigente

No livro *A Força Normativa da Constituição*, de autoria de Konrad Hesse, existe um embate, entre o próprio Hesse e Lassalle, a respeito da Constituição Jurídica. Ferdinand Lassalle afirmava que questões constitucionais não são questões jurídicas e sim políticas. A Constituição real de um país é formada pelos interesses do poder dominante, que para ele, são os fatores reais do poder. Já a Constituição Jurídica, em suas palavras, não passa de um pedaço de papel e tem seus poderes limitados, já que precisa ser compatível com a Constituição real. Então, na concepção de Lassalle, a história constitucional nos mostra que na política e também nas relações fundamentais do Estado, o poder da força é superior às forças das normas jurídicas, ou seja, ele nos diz que a norma se submete à realidade.

Para Lassalle, a ideia de uma força normativa da constituição seria fictícia, que serviria somente para o constitucionalista ter a ideia de que o direito domina a vida do Estado. Já na concepção de Hesse, o pensamento de Lassalle levaria à negação da Constituição jurídica. Hesse afirma ainda que para se obter o conceito de ordenação jurídica, deve-se observar a realidade e o ordenamento como duas coisas recíprocas, já que a norma constitucional não poderia ter força se fosse considerada isolada. Em relação à constituição real e a jurídica, Hesse nos diz que elas devem estar em coordenação, mas que são independentes entre si. A força

normativa da constituição surgiria, então, quando a norma adquire a sua eficácia, ou seja, a união entre a vontade de poder e também a vontade de constituição.

A Constituição Dirigente para Canotilho se refere ao controle da atividade do poder legislador, já que eles têm uma livre atuação em nome popular. Dessa forma, nasce o modelo de Constituição Dirigente, que consiste em que a Constituição não seria mais considerada um simples instrumento do governo, mas sim, deveria determinar as tarefas, estabelecendo programas, diretrizes e definindo fins para o Estado e sociedade. (Marcus Vinicius Lopes Montez, p.4).

2.2 As transformações ocorridas no Poder Judiciário

O Judiciário brasileiro começa a passar por modificações durante o século XX, tanto no que se refere a prestação de justiça, como também no controle de constitucionalidade das leis e das normas. Antes, no período imperial, estava ligado ao modelo francês, paradigma à formação do Estado Moderno e do Estado Liberal. Neste, os preceitos teórico-jurídicos que possibilitavam a legitimidade de atuação do judiciário estavam circunscritos a formulação e interpretação legal como exercício secundário, pois lhe cabia em primeiro lugar a aplicação da lei a circunstância concreta, como órgão jurisdicional. Concomitante a esse processo, na organização das funções estatais, ocorreu o fenômeno da reclusão do judiciário ao utilitarismo, individualismo e formalismo, centrado na noção de justiça retributiva.

O protagonismo político do judiciário está incrustado nas tradições clássicas dos Estados Liberais, a citar o caso americano, que conforme Arantes (2007, pp. 83-84) por especificações políticas relacionadas ao direito à propriedade dos cidadãos frente ao interesse legislativo de governos populares acabou por alçar o Judiciário à condição de poder político, capacitado a ocupar lugar principal entre o governo e o cidadão, na defesa dos direitos individuais.

Por sua vez, o Judiciário, em proposta contrária ao paradigma americano, foi construído na França ao longo da Revolução Francesa e do governo napoleônico como órgão de justiça. A perspectiva citada é compreensível se contextualizada ao seu momento histórico. De certo que a Revolução Francesa teve por princípios ideais do liberalismo em voga no século XVIII, contudo, conforme Hobsbawm (2004, p. 85) ela foi diferente de todas as revoluções que a precederam e a seguiram, pois foi uma revolução *social* de massa.

No contexto revolucionário, a estruturação do Judiciário na França, como órgão de justiça e não como poder político, ocorreu devido à própria lógica do Antigo Regime, na qual

a nobreza francesa ocupava os cargos e funções da magistratura. Por conseguinte, é difícil pensar no reforço do judiciário francês para o período, pois implicaria o aumento do poder de uma classe tida por indolente e luxuriosa, incluindo a vitaliciedade do cargo, que decidia em prol da manutenção de suas regalias oriundas da efetivação da monarquia absolutista.

Outra diferença entre o modelo francês e americano consiste na importância dada ao legislativo. No primeiro, houve a necessidade de fortalecimento, pois o corpo de deputados era o principal representante da soberania popular e arma no combate ao poder tirânico do rei. No contexto americano, por sua vez, o legislativo não estava isento ao arbítrio tirano, pois o acúmulo de poderes era a própria definição de tirania.

Se a tradição liberal, tanto americana quanto francesa, ajuda a esclarecer os horizontes adquiridos pelas Constituições Ocidentais e pelo judiciário, é preciso ter em conta a experiência totalitária e autoritária vivida pela sociedade brasileira, assim como espanhola, portuguesa e alemã para o entendimento dos contornos adquiridos pelo poder judicial. O fenômeno totalitário, típico dos regimes nazifascistas e das ditaduras militares do Cone Sul, foi o incremento político para a construção de Constituições Fortes, buscando, através dos órgãos jurisdicionais, salvaguardar e concretizar, através de normas programáticas, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos no âmbito individual, social e coletivo. A isso afirma Barroso (2009, p.393)

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo

Todas as transformações ocorridas no contexto político-social brasileiro, acarretou de forma efetiva a alteração dos parâmetros de relacionamento entre as instituições judiciárias e a sociedade, ao qual foi necessária a estruturação das prerrogativas e a extensão dos seus poderes.

A esse novo cenário, algumas doutrinas constitucionais vieram somar o desejo de estruturação e consolidação do Estado Democrático de Direito. Já se afirmou sobre o apego às concepções de Konrad Hesse acerca da efetividade da constituição como fator real de poder, soma-se ao teórico alemão às contribuições de J. J. Gomes Canotilho ao propor a existência da vinculação entre os poderes públicos e os objetivos inscritos na Constituição, no sentido de construção, através do planejamento programático de uma dada realidade. Conforme Bercovici (1999, p.37): “A fundamentação pode limitar-se a princípios, denominados por Canotilho

princípios materiais estruturantes (Estado de Direito, Democracia, República), ou estender-se à imposição de tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar”.

3 ATIVISMO JUDICIAL E A CONSTRUÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS

3.1 A Politização do Judiciário no Brasil

A politização do judiciário ocorre a partir da existência do *ativismo judicial* como manifestação inerente à natureza política do Judiciário Contemporâneo, expresso na Constituição Federal de 1988 e materializado, conforme entendimento de Arantes (2007, p. 89), na prerrogativa do *controle de constitucionalidade*.

Em sentido oposto, Boaventura de Sousa Santos (2003, p.02) coloca o ativismo judicial, para o contexto português ou mesmo europeu, como decorrente da judicialização da política. Segundo ele:

A judicialização da política está a conduzir à politização da justiça. Esta consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe desígnios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força. É cedo para saber qual dos dois resultados prevalecerá, mas não restam dúvidas sobre qual o resultado que melhor servirá a credibilidade das instituições e a consolidação da nossa democracia: que o sistema judicial revele a sua força e não a sua fraqueza. Revelará a sua força se actuar celeremente, se mostrar ao país que, mesmo em situações de stress, consegue agir segundo os melhores critérios técnicos e as melhores práticas de prudência e consegue neutralizar quaisquer tentativas de pressão ou manipulação.

Se no horizonte continental europeu a condição do judiciário como poder político é recente, para o contexto norte-americano essa situação remonta ao surgimento do texto constitucional mais rígido que os oriundos da tradição liberal francesa. Os EUA, neste sentido, a partir do século XIX serviram como parâmetro para a organização das funções estatais no Brasil.

A Politização da Justiça existe como fenômeno íntimo ao judiciário como poder político e não como subproduto da judicialização da política. A isso sobrepõem-se e estrutura-se o *ativismo judicial*, que encontra vazão na Constituição Federal de 1988, que estabelece em seu artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa separação dos poderes encontra-se fundamentada, já de forma incipiente, na moderna doutrina formulada por Montesquieu, que estabelece a prerrogativa da ação administrativa ao executivo, a criação de leis ao legislativo e a aplicação das normas estatais ao judiciário.

Essa formulação se converterá em dogma nas constituições do Ocidente a partir do século XIX, ligado ao processo de afirmação do credo político liberal e sua ansiedade em conter os poderes do Estado. Com efeito, diante do fato relacionado à concentração dos poderes do Estado, surge como mecanismo principal para a garantia dos direitos individuais, controle e eficiência da ação do Estado o artifício da separação de poderes institucionais.

Entretanto, a afirmação do judiciário como efetivo poder político relaciona-se a capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, algo presente na Constituição Brasileira, nos incisos e alíneas do artigo 102, através dos vários institutos, ou funções típicas, elencados de forma expressa: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Tais prerrogativas colocam o Judiciário em condição de igualdade com os outros poderes, especificamente na esfera mais importante do sistema político, o processo decisório de estabelecimento de normas capazes de impor direcionamentos tanto na esfera do mundo político quanto social. Esse mecanismo é inclusive apreciado no princípio da inafastabilidade de prestação jurisdicional, em inglês *judicial review*.

Devido às prerrogativas constitucionais relacionadas à existência de três poderes, ou seja, o executivo, legislativo e judiciário delegado de maneira uma pela vontade soberana do povo no momento da construção da Carta Magna, o Judiciário tem a legitimidade de decidir sobre questões, antes localizadas exclusivamente no âmbito das atribuições do poder executivo o legislativo, isso devido inovação da doutrina dos *freios e contrapesos*, que consiste, segundo Eisenberg et al.(2002, p.55), “na interferência que cada poder realiza no outro tendo em vista um equilíbrio necessário ao bem comum”. Além da legitimidade, o judiciário possui prerrogativas legais que reforçam sua ação, como o controle de constitucionalidade. Com o objetivo de fiscalizar o conteúdo das leis produzidas tanto pelo poder legislativo, em cumprimento a sua função típica; quanto do executivo através de decretos e medidas provisórias.

O controle de constitucionalidade é acompanhado pelo Estado Brasileiro à tendência que se desenrola após a Segunda Guerra Mundial, no qual o controle das normas não mais será feito por qualquer órgão judicial, como nos EUA, à medida que são implantados no países europeus o modelo austríaco, influenciado por Hans Kelsen, onde o controle das leis e das normas será efetuado por um tribunal especial, chamado de Corte Constitucional.

Segundo Arantes (2007) no Brasil ocorreram várias mudanças a ponto de transformar nosso sistema de controle constitucional em um sistema *híbrido*, já que podemos contar com o apoio do STF para o controle das leis - o STF pode ser considerado uma Corte

Constitucional – e também, por esse órgão não ter o monopólio do controle de constitucionalidade, essa tarefa é dividida com os juízes e com os tribunais inferiores de todo o país.

Para José Afonso da Silva, o controle de constitucionalidade serve para combater a inconstitucionalidade com a supremacia constitucional. Segundo esse jurista existem três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto. No Brasil ocorre o sistema jurisdicional que é a “faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais”. (DA SILVA, 2008, p.49)

Cabe aqui o conceito de Constituição como Lei Fundamental, mostrando mais uma vez que a supremacia da Constituição depende da existência de uma hierarquia das normas, assim como com poder normativo e criador do Estado de Direito. Conforme Coelho, a partir da leitura de Hesse:

Vista assim, em correta perspectiva jurídico-normativa, a Constituição, por sua essência conformadora da realidade social, converte-se, também ela, num autêntico *fator real de poder*, na medida em que, vigente e eficaz, interage com os demais fatos sociais, sobre eles fluindo e deles recebendo influência, dentro do processo dialético de ação recíproca entre infra-estrutura e a superestrutura, que é próprio das sociedades humanas. (COELHO, 2001, p.93)

Neste ínterim, o papel do Poder Judiciário com a Constituição de 1988, através do conceito de *Constituição Dirigente* e *Força Normativa da Constituição*, surge enquanto prerrogativa que vai além do caso concreto, pois, existem mecanismos de fiscalização dos desvios praticados pelo legislador e de maneira atípica pelo executivo. Isso se faz com a ação direta de inconstitucionalidade tanto por ação quanto por omissão do legislador. É no âmbito da *Ação Direita de Inconstitucionalidade*, que surge um dos principais instrumentos de manifestação do judiciário, como poder político. Além da *Ação Direita de Inconstitucionalidade*, pode-se afirmar que o mecanismo jurisdicional das *Súmulas Vinculantes* é importante atributo político presente nas competências restritivas do Judiciário, ao impor um determinado entendimento normativo a partir da interpretação de uma lei constitucional ou infraconstitucional.

Como o sistema brasileiro é bastante descentralizado, o judiciário passa a exercer também função política, passando a existir uma ampliação do acesso à Justiça e também expansão do Judiciário. Arantes (2007, p.98), afirma que existe uma “transformação do Judiciário em instância de implementação de direitos sociais e coletivos, especialmente na

segunda metade do século XX”. Existem dois fatores para essa expansão do judiciário, o primeiro associa a expansão do Judiciário e suas dificuldades ao desenvolvimento e crise do Estado de Bem-Estar Social; o segundo associa a expansão do Judiciário à ampliação do acesso à Justiça para direitos coletivos. Os dois fatores demonstram-se de forma clara ao se analisar às demandas que chegaram a tutela do Poder Judiciário, podendo-se inclusive afirmar a judicialização das relações sociais e das questões políticas, já que passaram a ter no órgão jurisdicional sua instância decisiva. Basta lembrar, conforme Barroso (2009), as discussões sobre a constitucionalidade da Reforma Previdenciária (contribuição dos inativos); a Reforma do Judiciário (criação do Conselho nacional de Justiça); os limites legítimos da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e o papel do Ministério Público; a legitimidade da interrupção da gestação quando há inviabilidade da gestação; a legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, entre outras demandas que chegam a cada dia ao STF.

Entendendo-se política como instância de decisões, tanto no âmbito estatal quanto da sociedade civil, é inegável que as transformações incrementadas pelo Poder Judiciário são de natureza política, posto que interferem na concepção e organização tanto do Estado quanto no agir cotidiano do indivíduo e das coletividades humanas. Sem embargo, o judiciário tem características distintas dos outros poderes, embora seu condão seja o mesmo já que decorre da Soberania Popular e dos objetivos traçados pelo Poder Constituinte Originário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se ao longo da análise a compreensão dos delineamentos das concepções de *Força Normativa da Constituição* e *Constituição Dirigente*. Permeada a essa tarefa fez-se a construção dos modelos de Constituição e organização do Poder Judiciário. Para o modelo francês destacou-se a predominância do Poder Legislativo na interpretação das normas constitucionais e a existência do Judiciário como mero órgão jurisdicional comum, ou seja, aplicador da lei, como órgão de justiça. Para o paradigma liberal americano destacou-se um judiciário forte, capaz de interferir na vida social e política do país, através do sistema conhecido como *judicial review*, isto é, o controle ou revisão judicial, mecanismo ligado ao princípio da inafastabilidade de prestação jurisdicional.

Se já existe de forma incipiente o ativismo judicial na célebre divisão das funções políticas do Estado proposta por Montesquieu, essa abertura será bem mais consistente na contemporaneidade, através da proposição dos modelos de *Força Normativa da Constituição* e

Constituição Dirigente, respectivamente por Hesse e Canotilho, que não são de todo contrárias às propostas do filósofo francês.

Entretanto, foi a partir das mudanças ocorridas no Poder Judiciário com a Constituição de 1988, no sentido da construção de sociedade justa e a organização de um poder político efetivo que se buscou, ultrapassando as inseguranças existentes após anos de autoritarismo decorrente do Golpe Militar e a cessação dos direitos e garantias dos cidadãos, tanto em âmbito individual quanto coletivo.

Por fim, buscou-se dirimir as dúvidas existentes em torno do *ativismo judicial*. Isso porque alguns encaram a manifestação política do judiciário sempre como função atípica ou decorrente da judicialização da política, quando a problemática a respeito da existência de um Poder Judiciário enquanto político efetivo, já estar expresso no artigo 2º da Constituição Federal/88 – “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Além disso na própria concepção de política enquanto organização do Estado e da Sociedade Civil, impõe ao judiciário a necessidade de interferir nas discussões e interpretações de direito.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lúcia e CINTRA, Antônio Cintra (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Disponível em: http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/X8K3WUHNT4.pdf . Acesso em: 11 de maio de 2013

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição**. In: CLÉVE, Clémerson Merlin e BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: teoriageraldaconstituição**. São Paulo, 2011. Coleção doutrinas essenciais. v.1.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Senado Federal, Brasília, 2008.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de maio de 2013.

DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. **Onde está a democracia?** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 37-58.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBSBAWM, Eric. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MONTEZ, Marcus Vinicius Lopes. **A abstrativização do controle difuso**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/10711/a-abstrativizacao-do-controle-difuso>> . Acesso em 12 de março de 2013.

SANTOS, Boaventura Sousa. **A Judicialização da Política**. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/opiniao/bss/078en.php> . Acesso em: 11 de maio de 2013