



Ano 4 • n. 4
Teresina-PI – jan./dez. 2012
ISSN 2176-6959

REVISTA
ELEIÇÕES
& *Cidadania*

A legitimidade da jurisdição constitucional e o ativismo judicial como garantia à preservação do Estado Democrático de Direito

The legitimacy of the constitutional jurisdiction and the judicial activism as guarantee the preservation of the democratic state of law

Ivanovick Feitosa Dias Pinheiro*

Marcos Antonio Ramos de Sousa Oliveira**

RESUMO: O presente estudo analisa a jurisdição constitucional e a prática do ativismo judicial como formas legítimas de atuação do Poder Judiciário na defesa de garantias fundamentais e na manutenção do Estado democrático de direito. Tem o objetivo de examinar a nova face da justiça e do direito diante do atual modelo de constituição da pós-modernidade. Procura demonstrar a legítima e necessária postura ativista do judiciário, bem como a função do controle de constitucionalidade como a maior expressão da jurisdição constitucional e o meio pelo qual ela se realiza. O método utilizado foi o dedutivo. O estudo demonstra a legitimidade democrática da jurisdição constitucional e do ativismo judicial, expondo argumentos que evidenciem que estes são os principais responsáveis por manter a chama da democracia acesa e vibrante.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial. Judicialização. Democracia.

*Graduado em Direito pela UFPI. Professor Universitário do Centro Universitário UNINOVA-FAPI, nas disciplinas Processo Constitucional e Processo Civil. Defensor Público do Estado do Piauí.

O co-autor foi Oficial de Gabinete da 5ª Vara da Justiça Federal do Piauí durante oito anos. Aprovado em vários concursos públicos para cargos privativos de bacharel em Direito. Autor de artigos científicos publicados em revistas jurídicas e pós-graduado em Direito pela UFPI.

**Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI, obtendo a Lâurea Acadêmica. Advogado. O co-autor é Pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado e em Direito Processual Civil, ambos pela Faculdade Damásio de Jesus.

ABSTRACT: This study analyzes the constitutional jurisdiction and practice of judicial activism as legitimate forms of judicial power in the defense of fundamental guarantees and maintenance of the democratic state of law. It has the objective of examine the new face of justice and the law before the of the new present model of post-modernity. Wants to demonstrate the necessary and legitimate activist stance of the judiciary, as well the function of control of constitutionality as the highest expression of the constitutional jurisdiction and the means by which it takes place. The method used was deductive. The study defended the democratic legitimacy of constitutional jurisdiction and judicial activism, exposing arguments that evidence these are the ones primarily responsible for keeping the flame of democracy alive and vibrant.

KEYWORD: Constitutional jurisdiction. Neoconstitutionality. Judicial activism. Judicialization. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

Um novo paradigma vem surgindo tanto na teoria jurídica quanto no ofício de juízes e tribunais e vem fazendo com que o Direito brasileiro sofra densas e significativas mudanças nos últimos tempos. A esse novo paradigma deu-se o nome de neoconstitucionalismo, e disso tem-se ramificado discussões importantíssimas sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário frente à estrutura do Estado brasileiro. Questões como a judicialização, miscigenando direito, política e moral junto às posturas ativistas do judiciário frente à inércia ou a ineficiência legislativa, o problema da representatividade do sistema majoritário e a efetivação de direitos constitucionalizados, fazem parte do tema debatido.

Sob a égide da Constituição de 88, a jurisdição constitucional ganha elevado prestígio e incomparável utilidade na proteção do indivíduo e da democracia. Faz-se então com que a Constituição se irradie por todo o ordenamento jurídico, mostrando sua supremacia e força normativa. Nesse diapasão, há um significativo deslocamento de poder das esferas legislativas e executivas para a judiciária,

tornando o Poder Judiciário o guardião da ordem e da eficácia constitucional, tanto nas relações entre indivíduos como entre estes e o Estado.

Nesse contexto de mudança para o Direito brasileiro surgem opiniões das mais diversas nuances, havendo de um lado quem aplauda com admiração a nova atuação do judiciário e de outro quem critique com veemência. Contudo, não há como negar a grandeza do tema, a sua utilidade prática cada vez mais frequente nas relações jurídicas e os benefícios que uma atuação consciente e acertada trouxe para a cena jurídica do Brasil.

Assim, após profunda pesquisa bibliográfica fez-se perceber a necessidade de pesquisar qual a nova face da justiça e do direito brasileiro frente o novo modelo de constituição da pós-modernidade e qual a sua utilidade. Deste modo, optou-se por avaliar a realidade jurídica brasileira, tendo como mote principal a atuação do Supremo Tribunal Federal na construção e na garantia de direitos, para em seguida lançar proposições no desígnio de levar o leitor a compreender o quão legítima é a postura ativista do judiciário e o quão é necessário e inexorável a existência da jurisdição constitucional como último bastião na defesa do Direito.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO (NEO CONSTITUCIONALISMO

Ainda em tempos idos o conceito de norma superior, com características bastante similares as das constituições podiam ser percebidas. Na Mesopotâmia¹ de 1.700 A.C, na Palestina² de 1.200 A.C e

¹ No Código de Hamurabi (escrito por Hamurabi, o primeiro rei do império babilônico), um dos mais antigos conjuntos de leis escritas já encontrados, existiam normas que versavam sobre a organização e a forma de condução do Estado, bem como a tentativa de garantir uma cultura comum e um tratamento padrão para a resolução de disputas. Nessa antiga lei já era possível encontrar lampejos da ideia do que um dia viria a ser o constitucionalismo.

² As normas do povo Hebreu já criavam limitações ao poder político do Estado quando assegurava aos profetas a legitimidade para fiscalizar atos governamentais que exorbitassem das leis bíblicas.

na Grécia³ de 300 A.C já existiam leis que traziam a matriz ideológica de elementos do constitucionalismo atual. Noções de organização e limitação do poder do estado e até mesmo de controle de constitucionalidade começavam a brotar nesses remotos diplomas.

Na Idade Média o marco principal das origens do constitucionalismo é a Magna Carta de 1215 que estabelecia a proteção de direito individuais, ainda que apenas formalmente. Durante a Idade Moderna o destaque vai para o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e mais timidamente para o *Act of Settlement* (1701). Na mesma época da edição dos referidos documentos pelo parlamento inglês, o jurista Edward Coke propagava que a atuação dos juízes deveria “ser como mediadores entre rei e nação; algo como guardiões da supremacia do common law” sobre a autoridade do parlamento e do soberano. Essa ideia seria uma parte embrionária da concepção moderna de jurisdição constitucional.

Ainda que a Inglaterra tenha contribuído bastante para a evolução do constitucionalismo, não há como negar que o país não era um campo fértil para o florescimento de ideários constitucionalistas, já que o poder do parlamento seria ilimitado e a expressão da vontade majoritária. Assim, apesar de plantar suas estruturas nos mais diversos ideários ao longo da história, o crédito do constitucionalismo moderno é devido, em sua maior parte, a dois movimentos, quais sejam: o constitucionalismo norte-americano (Constituição de 1787) e o constitucionalismo francês (Constituição de 1791).

De um lado têm-se os norte-americanos, que ainda na época de colonização, por meio de contratos de colonização, já se articulavam para criar a organização de um governo feita pelos próprios governados e já trabalhavam a ideia do respeito e da igualdade de todos os cidadãos. Tais contratos posteriormente culminaram na Declaração

³ Na Grécia Antiga, mais precisamente em Atenas, a ideia de lei fundamental já era presente. Havia a regra de superioridade normativa com a distinção entre lei superior (*nómos*) e lei inferior (*pséfisma*). Os *nómos* só poderiam ser alterados por meio de um procedimento específico de normas com igual valor e as *pséfismas* sempre deveriam estar em conformidade com a lei fundante.

de Direitos do Estado da Virgínia⁴ a qual, por sua vez, foi base a para Constituição Americana, promulgada 11 anos depois. Do outro lado os franceses, que já contavam com o prelúdio da Revolução Francesa e da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, respondiam ao sistema dominante com a deposição do absolutismo e a elevação do povo como o verdadeiro titular do poder, dando ao indivíduo uma proteção até então renegada e instaurando a doutrina do constitucionalismo liberal.

Sobre o conceito moderno de constitucionalismo trazido pelos EUA e pela França, Fernandes (2011) articula que essa nova noção de constituição se projeta para o futuro e dá início a algo que faz nascer uma nova sociedade onde todos, inclusive o Estado, devem respeito à norma maior, seja qual for a posição social que ocupa. Entretanto, o modelo do Estado Liberal, propiciou um quadro de injustiças e desigualdades, gerando o acúmulo de riqueza para uns poucos e miséria para muitos, ao passo que considerava a igualdade das pessoas apenas no campo formal. Com o tempo, o Estado Liberal perdeu a capacidade de organizar uma sociedade marcada por diferenças sociais dando abertura para o surgimento do chamado Estado Social. O novo modelo de estado trouxe para o campo das normas constitucionais políticas públicas destinadas à melhoria das condições de vida dos mais pobres (especialmente a classe trabalhadora) como forma de compensar o lapso da igualdade formal.

Contudo, apesar das boas intenções e da gigantesca contribuição para os direitos sociais hodiernamente constitucionalizados, esse modelo também fracassa frente à política assistencialista extrema adotada por alguns governos. Com uma expansão desordenada do Estado aliada à explosão demográfica e o envelhecimento da população surge uma perigosa crise aos cofres públicos de muitas nações.

Marcado ainda pelo fato do Estado não conseguir proteger interesses transindividuais, o constitucionalismo eminentemente

⁴ A Declaração da Virgínia proclamava que toda a autoridade pertencia e emanava do povo, previa o princípio da legalidade e defendia que o Poder Judiciário precisava ser apartado do Legislativo e do Executivo para o fim de reprimir todo o desejo de opressão demonstrado por estes. Previa ainda, entre outras garantias, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, liberdade de imprensa, liberdade de culto.

social (em alguns ordenamentos ainda com heranças também do liberalismo) abriu espaço para o surgimento do constitucionalismo pós-moderno, pós-positivo, ou, como o título do capítulo sugere, neoconstitucionalismo. Esse novo modelo de constitucionalismo se deu após a Segunda Guerra Mundial, onde inúmeros países (na maioria os do mundo ocidental) se viram imersos em uma sociedade massificada, profundamente desigual e contraditória. Uma sociedade que por meio da legalidade consegue praticar diversas lesões aos direitos humanos, sociais e transindividuais; atos que tomaram proporções inimagináveis e com consequências até hoje sentidas. Tais fatos serviram para demonstrar a necessidade de um novo comportamento dos atores internacionais (a nível externo) e dos atores jurídicos (a nível interno) para tornarem efetivos os direitos e interesses dos povos e a insuficiência do modelo constitucionalista até então empregado.

O novo constitucionalismo mostrou que o paradigma positivista já não era suficiente para apreender e lidar com a realidade jurídica atual. A constituição precisava deixar de ser uma promessa para virar norma jurídica dotada de imperatividade, superioridade e centralidade. Foi então que houve uma reaproximação do Direito com a moral, mostrando o caráter axiológico e pragmático que o novo modelo de constituição deveria assumir. Assim, a jurisdição passa a ser a gênese do sistema (neo)constitucionalista e prontamente o Judiciário torna-se o Poder mais proeminente na “era dos direitos”; restando a luta não mais pela criação de leis, e sim pela manutenção dos direitos (fundamentais) e da democracia.

Nesse diapasão é a preleção de Bulos (2009, p. 22) sobre a ideia de neoconstitucionalismo onde este assenta:

- (i) Na força vinculante das constituições; (ii) na supremacia constitucional diante do sistema de fontes do Direito; (iii) na eficácia e aplicabilidade integrais da carta magna; e (iv) na *sobreinterpretação* constitucional, de sorte a impedir a existência de espaços em branco, sujeitos à discricionariedade legislativa.

No Estado Democrático de Direito, por conseguinte, deu-se o advento da supremacia da constituição como guia maior dos interesses de um povo e baliza da atuação estatal. O processo da elaboração das

normas passa a ser compreendido não apenas por cláusulas fechadas, mais também por elevados princípios, cláusulas abertas, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a razoável duração do processo, o acesso à justiça, entre outros. Logo, a subsunção simples abre espaço para uma nova dogmática da interpretação constitucional, mais apurada e comprometida com os valores. Retira-se o juiz ou tribunal da posição de mera boca da lei para um novo aplicador e transformador do direito.

Validamente e, oferecendo esteio ao já expressado, Barroso (2006, p. 4) informa:

[...] No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a *atribuição de normatividade a princípios* e a *definição de suas relações com valores e regras*; a reabilitação da *razão prática* e da *argumentação jurídica*; a formação de uma *nova hermenêutica constitucional*; e o desenvolvimento de uma *teoria dos direitos fundamentais* edificada sobre o fundamento da *dignidade humana*. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. (grifo nosso)

3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Depois de firmado algumas preleções sobre o constitucionalismo e sua evolução, cabe agora analisar detidamente a jurisdição constitucional; estabelecendo conceitos, matrizes ideológicas, classificação e, no discorrer do tema procurar apresentar sua finalidade.

3.1 Conceito

Apesar de guardar um largo campo interpretativo, o termo *jurisdição* (do latim *juris*, “direito”, e *dicere*, “dizer”) pode ser entendido como o poder/dever do Estado, que agindo em substituição às partes, aplica o direito ao caso concreto na tentativa de resolver os conflitos e assim realizar a paz social e a ordem jurídica. Confirmando o dito, Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 147) entendem que a jurisdição é:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado.

A partir do conceito trabalhado há como depreender alguns pontos acerca da jurisdição, tais como: a) é decisão tomada por um terceiro imparcial; b) é uma manifestação de poder; c) visa tutelar direitos; d) atua sempre em uma situação jurídica concreta. Mas, o conceito deixa escapar um viés que hoje se demonstra constante na atuação jurisdicional do Estado, sendo o tópico maior do presente trabalho que é a jurisdição como atividade criativa. Em sua brilhante lição Didier Jr. (2011) atenta para a função criativa da jurisdição, aduzindo que esta cria a norma jurídica do caso concreto, assim como cria a própria regra abstrata para regular o caso concreto. Mas como a jurisdição pode ser criativa, uma vez que a sua função é *dizer* o direito já posto? E como essa criatividade pode contribuir para a consecução de uma postura ativista (positiva) por parte de juízes e tribunais?

Para responder tais indagações é preciso situar qual a posição que o julgador deverá adotar frente à interpretação e/ou aplicação da norma, bem como estabelecer as diferenças entre duas grandes teorias do processo, para só daí partir para a escolha de qual a opção mais afeita à solução dos conflitos modernos.

Classicamente a questão da hermenêutica jurídica (quem teria a legitimidade para exercê-la) foi atribuída, de início, ao Poder Legislativo. Ao legislador foi dada a capacidade de inovar o sentido da norma, enquanto o juiz restava adstrito a *mens legislatoris*. Havia a nítida separação entre quem criava e quem aplicava a lei. Todavia, na evolução do pensamento jurídico, ousou-se cogitar a possibilidade de conceder parte do poder criativo da norma para o juiz (sem negligenciar da importância da concepção normativa pelo Poder Legislativo), ampliando a margem de atuação do julgador e colocando-o na posição de intérprete e criador.

Sobre a óptica da hermenêutica constitucional, Canotilho (2003), em seus ensinamentos, trava os conceitos da corrente dos Interpretativistas e dos Não-interpretativistas, procurando demonstrar os limites e as possibilidades de atuação do julgador. Para o constitucionalista

português, a primeira corrente (ou posição), é uma forma de limitação da atuação do Poder Judiciário na interpretação da Constituição. De acordo com essa corrente, o julgador deveria se restringir a compreender o sentido dos preceitos constitucionais através de um processo de dedução básica, só podendo invalidar uma norma se a contrariedade desta com o texto constitucional fosse claramente identificada na Norma Ápice. Ratificando, Canotilho (2003, p. 1.179) leciona que: “as corrente interpretativistas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na Constituição, ou pelo menos, nela claramente implícitos”.

A lógica dos interpretativistas é impedir que os magistrados, utilizando-se do argumento de estarem protegendo a Constituição, venham a sufocar a vontade do poder político democrático e instaurem uma “juristocracia”.

Tratando do interpretativismo, Canotilho (2003) alerta que este não se trata de um mero literalismo. Na verdade, julgador deveria observar dois parâmetros básicos quando da aplicação da constituição. O primeiro parâmetro seria a textura semântica, compreendida como o próprio texto constitucional; o objeto e o limite da interpretação. Já o segundo parâmetro reporta a vontade do legislador, como a vontade de uma maioria democrática que não poderia ser limitada pela vontade de um órgão (não eleito pelo voto popular).

Por outro lado, a segunda posição trabalhada por Canotilho (2003), a dos Não-interpretativistas, compreende que o magistrado pode interpretar a norma de maneira mais subjetiva, apurada e criativa; afastando-se da atuação exclusivamente semântica defendida pelos interpretativistas e partindo para a aplicação daquilo que Canotilho (2003, p. 1197) chamou de “princípios jurídicos abertos”. A coerência do pensamento não-interpretativista se perfaz pelo fato de agregar a ideia do Direito como um conjunto de valores a serem obedecidos como justiça, liberdade e igualdade e não apenas visar à obediência cega ao princípio democrático.

Visto as posições (correntes) que o julgador pode seguir no campo da hermenêutica constitucional, resta agora expor as distinções entre as teorias do processo, para ao fim validar o argumento alhures defendido sobre a criatividade da jurisdição. Para uma melhor elucidação, é válida a lição de Câmara (2009) quando este leciona que a primeira teoria é conhecida como Unitária ou Constitutiva, tendo Carnelutti como seu

principal defensor, e versa que as leis materiais não são capazes de gerar direitos subjetivos; criando apenas expectativas de direito. Cabendo, portanto, ao Estado se valer da sua função jurisdicional para criar o direito subjetivo antes inexistente. Para os unitaristas haverá sempre uma incerteza sobre a existência do direito subjetivo antes do provimento final (sendo este o criador do direito substancial, compondo o litígio). A segunda teoria, batizada como Dualista ou Declaratória, tem Chiovenda como maior expoente, o qual defende que no momento em que o Estado exerce a função jurisdicional, este não cria direitos, apenas os reconhece; se limita a reconhecer direitos já preexistentes. Assim, há somente a subsunção da norma ao caso concreto.

Destarte, o presente trabalho, frente ao tema que se propôs discutir, acastela a teoria Unitária por entender que não é apenas a norma positivada quem determina as decisões de juízes e tribunais. Mesmo porque a estes cabem à interpretação, o exame de consistência e de eficácia da norma, uma vez que à simples dedução da norma abstrata, a qual partia de um preceito geral para um particular, não mais resolve os problemas jurídicos da pós-modernidade.

Como bem leciona Didier Jr. (2011, p. 92):

Há uma tarefa na produção jurídica que pertence exclusivamente aos tribunais: a eles cabe interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente. Exercem os tribunais papel singular e único na produção normativa.

A característica de criatividade atribuída à jurisdição pode ainda ser defendida sob a égide no princípio da inafastabilidade da jurisdição (ponto que posteriormente será base para a defesa da legitimidade da jurisdição constitucional e da posição ativista de juízes e tribunais), quando este versa sobre a obrigatoriedade da prestação jurisdicional em face de lesão ou ameaça a direitos, ficando, portanto, o Poder Judiciário impedido de não decidir. Assim, como o referido princípio assevera que todo problema que chega ao Estado-Juiz deve ser solucionado, caberá ao magistrado resolvê-lo, ainda que para isso deva inovar na ordem jurídica caso a pretensão que lhe foi apresentada não seja prevista pela legislação. Dito isto, não há como negar o aspecto criativo da jurisdição (principalmente a constitucional) e sua inexorabilidade na efetivação de direitos.

Estabelecido os parâmetros para o que vem a ser a jurisdição e aliado ao já exposto no primeiro tópico, quando abordado a nova face da Constituição como norma e a sua Supremacia frente às demais normas, resta simplificado a compreensão do que seja a jurisdição constitucional. Ao acrescer o adjetivo “constitucional” a palavra “jurisdição”, é possível alcançar o conceito de que a *jurisdição constitucional* é o poder exercido por juízes ou tribunais na aplicação do texto constitucional, desempenhando o controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público ou na interpretação do ordenamento infraconstitucional frente à Constituição, para fazer valer seus os preceitos, sua força e assim garantir a ordem jurídica e social.

A jurisdição constitucional frente ao chamado neoconstitucionalismo já não mais vê o juiz como um mero “proferidor” da vontade do legislador. Congregando a função criativa da jurisdição com a necessidade de efetivação de direitos fundamentais e a normatização de princípios é preciso que a até então mecanizada subsunção abra espaço na para (?) a crítica judicial, havendo sempre uma interpretação e/ou um controle constitucional, para viabilização da tutela aos direitos. Nesse viés é a doutrina de Didier Jr. (2011, p. 93):

[...] não basta que o juiz promova, pura e simplesmente, a aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Em virtude do chamado *pós-positivismo* que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma *postura muito mais ativa*, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e *princípios constitucionais*, bem assim com os *direitos fundamentais* (grifo nosso)

Confrontando posicionamentos clássicos com a moderna visão da jurisdição, Marinoni (2006) também afiança que antes o magistrado se reduzia apenas a uma função de declarar o estabelecido pela lei e, quando muito, criava a norma individual a partir da norma geral. Em contrapartida, no ambiente pós-positivista, o juiz tem a capacidade de construir a norma jurídica, não mais a partir do texto frio e estático, mais da interpretação de acordo com a Constituição, bem do controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto.

3.2 Matrizes ideológicas

Acerca das matrizes teóricas que originaram (e legitimaram) a ideia de jurisdição constitucional, é possível estabelecer cinco grandes balizas relativas ao seu surgimento e ao surgimento do que hoje se conhece por controle de constitucionalidade. A primeira linha de pensamento remonta à época da Revolução Gloriosa (1688) e surge com a obra de John Locke, no momento em que o Estado constitucional se ergue sob o controle de um parlamento e comprometido em respeitar os direitos individuais. Locke vem afirmar a existência de direitos inerentes à pessoa humana e anteriores ao Estado. Corroborando a afirmação, Locke (*apud*, BINENBOJM, 2010, p. 17) diz que: “a legitimidade do exercício do poder político decorre do respeito às liberdades inatas e inalienáveis, os direitos naturais”.

A segunda baliza decorreu da observação de que não seria possível que um dado conjunto normativo pudesse se sobrepor e contradizer outro prevalentemente superior. Percebeu-se que na tradição jurídica inglesa a *common law*, que possuía *status* de “lei” maior não deveria prevalecer sobre as leis escritas. Com base nessa questão os primeiros passos de uma possível sistematização e hierarquização normativa veio com a teoria de Edward Coke, que em sua raia ideológica, exposta por Coke (*apud*, Binenbojm, 2010, p. 19), “propugnava pela atuação dos juízes como mediadores entre rei e nação e como guardiões da supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento e do próprio soberano”.

O terceiro apoio para o surgimento da ideia de jurisdição constitucional é devido a Benjamim Constant⁵ que sustentava, assim como Locke, a existência de direitos inatos ao homem e independentes do Estado e ia mais além, defendendo que seriam esses direitos os responsáveis por constituir a legitimidade do exercício do poder político. Cabe dizer que as teorias desenvolvidas por Constant foram no sentido de desenvolver mecanismos de limitação ao princípio

⁵ Constant influenciou na primeira Constituição Brasileira, com a opinião de que haveria a necessidade de existir um poder neutro, alheio a paixões e superior aos debates políticos, com a função de equalizar a atuação dos demais poderes. Constant batizou este poder de Poder Moderador.

majoritário (contramajoritarismo).

Mais preciosa é a lição de Constant (*apud*, Binenbojm, 2010, p. 21):

Os cidadãos possuem direitos individuais independentes de toda autoridade social ou política, e qualquer violação pela autoridade é ilegítima. Nenhuma autoridade pode atentar contra estes direitos sem violar o seu próprio título. Não sendo ilimitada a soberania do povo e não sendo a sua vontade suficiente para legitimar sobre tudo que deseja, a autoridade da lei não é mais que a expressão verdadeira ou suposta dessa vontade, consequentemente não é ilimitada (grifo nosso)?

O quarto viés ideológico da jurisdição constitucional advém da obra do padre Emmanuel Sieyès (*apud*, Binenbojm, 2010), que propõe um modelo de democracia dúplice, separando o poder constituinte do poder constituído; sendo o primeiro o sustentáculo para a existência e atuação do segundo. Deste modo, nasce uma das pilastras do atual pensamento constitucional, qual seja: a supremacia da Constituição. Tal princípio traz consigo a ideia de que o poder político só é legítimo se exercido dentro dos limites delineados pela Lei Fundamental e disso faz surgir à necessidade de encontrar instrumentos de controle do poder que extrapole as barreiras constitucionais. Portanto, tais proposições fizeram da jurisdição constitucional uma instituição política imprescindível na defesa da supremacia da Constituição vindo a surgir o controle de constitucionalidade das leis como meio eficaz para tanto.

Por fim, a quinta e última matriz ideológica, que contribuiu para a formação e solidificação da jurisdição constitucional, está pautada nas ideias construídas por Kelsen (2006). Partindo do princípio da hierarquização de normas, a teoria kelseniana é a engrenagem que faz funcionar (até hoje) a lógica da jurisdição constitucional, bem como é a virtude do princípio da supremacia da Constituição e o ponto de apoio do controle de constitucionalidade.

Quando a filosofia de Kelsen (2006) trabalha a norma jurídica como um esquema de interpretação da realidade, sendo a forma pela qual o direito consegue traduzir para si um fato social, ou quando traz a ideia de “validade”, lançando um critério metodológico, onde

uma norma inferior tem sua existência autorizada por uma norma jurídica que lhe é superior, percebe-se o fundamento básico para a existência da jurisdição constitucional, frente à obrigatoriedade de deferência normativa de todo o ordenamento para com a Constituição. Assim, quando se compreende a lógica desse escalonamento proposto por Kelsen (2006), onde a norma mais elevada é a condição de existência para as demais, vê-se, por fim, a enorme contribuição que o pensamento do jurista austríaco trouxe para legitimar a jurisdição constitucional.

3.3 Controle de constitucionalidade

Apesar do trabalho de grandes pensadores ter influenciado na construção do pensamento hora trabalhado, não há como falar em jurisdição constitucional sem deixar de tratar de controle de constitucionalidade e, apresentar seu papel vital para o sistema constitucional. Assim, há como afirmar que o controle de constitucionalidade é a expressão da jurisdição constitucional e, por consequência, o sustentáculo da supremacia da Constituição.

Por conta de uma cláusula implícita (cláusula de supremacia) contida na Constituição Norte-americana (1787), o controle de constitucionalidade pôde florescer na ordem jurídica daquele país e com isso irradiar seus efeitos para praticamente todas as democracias ocidentais. Lucidamente, Barroso (2001a)? vaticina que a ideia de jurisdição constitucional, como técnica de atuação da supremacia da Lei Fundamental, não proveio de previsão expressa da Constituição de 1787, senão que decorreu de construção jurisprudencial.

Sendo ponto uníssono na doutrina, como por exemplo a de Binenbojm (2010), a atuação do controle de constitucionalidade (*judicial review of legislation*) teve como marco inicial o já

reconhecido caso *Marbury vs. Madison* (1803),⁶ o qual lançou as balizas para uma nova doutrina sobre a jurisdição constitucional, que desde então vem sendo reproduzida por todo o mundo. Sobre as consequências do referido caso, Sampaio (2002, p. 32) leciona que:

A opção do *Chief Justice* terminou por reinventar a Constituição, pois reconhecia a ela uma densidade normativa até então discutível e abria espaço para uma verdadeira reelaboração ou atualização de seu conteúdo.

Por essa feita, surge o primeiro sistema de controle de constitucionalidade (Norte-americano), baseado na teoria da nulidade, a qual entende que a decisão que declara a (in)constitucionalidade de uma norma possui eficácia declaratória, bem como atua no plano da validade (nunca passando para o plano da eficácia), produzindo efeitos retroativos (*ex tunc*)?, invalidando os atos praticados na lei desde o início de sua criação.

Por outro lado, as ideias de Hans Kelsen (já trabalhadas em tópico anterior) proporcionaram a criação da teoria da anulabilidade da norma inconstitucional, outro sistema de controle de constitucionalidade (Europeu ou Austríaco), o qual entende que o vício de inconstitucionalidade deve ser aferido no plano da eficácia, por se tratar de ato anulável, uma vez que a lei é provisoriamente válida, produzindo efeitos até a sua anulação (*ex nunc*).

A rigor, embora as duas teorias sejam bastante díspares, hoje é possível assegurar que ambas são igualmente utilizadas na realidade jurídica brasileira, devido à flexibilização de suas bases, tendo o caso

⁶ Derrotado nas eleições presidenciais de 1800 por Thomas Jefferson, o então presidente John Adams decidiu nomear vários de seus correligionários para cargos relevantes, para assim manter um certo controle sobre o Estado. Dentre um dos cargos distribuído por Adams, se encontrava a nomeação de William Marbury, para desempenhar o cargo de Juiz de Paz. No entanto, o secretário de justiça de John Adams não chegou a entregar o diploma de nomeação a Marbury. Assim, quando Jefferson assumiu a presidência, ao seu novo secretário de justiça, James Madison, foi determinado que não empossasse Marbury. Irresignado, Marbury apresentou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte Norte-americana postulando o reconhecimento de seu direito. O processo foi relatado pelo então Presidente da Suprema Corte o juiz John Marshall, que em 1803 concluiu que a conduta do presidente Jefferson seria contrária à Constituição Federal e, por isso, concedeu a Marbury o direito de ser empossado no cargo para o qual foi nomeado.

concreto como o principal apontador de qual vertente adotar.

Vale frisar, ainda, que para a existência do controle de constitucionalidade, é essencial que alguns pressupostos, no que toca à lógica jurídico-constitucional de um país, sejam observados. Tais pressupostos podem ser sintetizados da doutrina de Fernandes (2011) e Lenza (2010) e elencados como: a) a existência de uma Constituição rígida, com processo legislativo mais árduo e solene do que o processo de alteração das normas ordinárias; b) a compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, a qual confere a validade para os demais atos normativos; c) a existência de um órgão (não necessariamente apenas um), dotado de competência para realizar o controle das normas do ordenamento; d) e uma sanção para a conduta (comissiva ou omissiva) realizada em desconformidade com a Constituição, pois a ausência de uma reprimenda retiraria o caráter obrigatório da Carta Magna. Portanto, só possuindo os pressupostos elencados que se é possível admitir uma existência válida do controle de constitucionalidade em dado ordenamento jurídico, pois só assim poderia se falar em princípio da supremacia das normas constitucionais.

Enfim, a finalidade e a utilidade do controle de constitucionalidade, nas palavras de Fernandes (2001, p. 895), pode ser resumida como meio de:

[...] garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar.

4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Ao discutir o tema judicialização e ativismo judicial é comum perceber na doutrina a confusão feita com os termos, considerando estes muitas vezes como sinônimos. Todavia os termos estão longe de significar a mesma coisa; talvez um decorra do outro, mas isso não os faz unívocos. Além do mais, é bom ressaltar que tais fenômenos não são

exclusividade do ordenamento brasileiro, pois ocorrem em momentos diversos e em todo o mundo, especialmente nas sociedades ocidentais. Assim, é mister trazer à baila do presente trabalho a definição e a distinção de ambos os termos.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário ao invés das instâncias políticas ordinárias, que são o Executivo e o Legislativo. A causa que gera e ao mesmo tempo legitima a judicialização (e também o ativismo) foi à redemocratização do país, tendo como marco a promulgação da Constituição de 1988; pois somente com a promulgação da Carta Cidadã o Brasil pôde realmente ser um país democrático e ter a sua Constituição vista como uma autêntica norma jurídica.⁷ Com isso a nova cena democrática brasileira aumentou o campo de atuação do Poder Judiciário e permitiu que este atuasse em questões de cunho político, ou seja, permitiu-se judicializar a política.

A redemocratização do país recuperou (ou mesmo fez nascer) algumas garantias para o Judiciário que proporcionaram a sua transformação em poder político legitimamente constituído. Essa transformação tornou o Judiciário capaz de fazer valer a Constituição frente aos outros poderes. Além do mais, na concepção de Barroso (2008, p. 3)

o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Coligado ao fato da redemocratização, a judicialização no Brasil, decorre basicamente de mais dois fatores: O primeiro se deve ao modelo de constituição adotado, valendo-se de uma constitucionalização abrangente e analítica, que inseriu na Lei Maior matérias que

⁷ Bastante comum era a prática das Constituições anteriores em prever direitos, mas não garanti-los ou não respeitá-los. Exemplo disso foi a Constituição de 1834, que falava em igualdade, enquanto a principal atividade do país era a escravidão. A Constituição de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas não garantia a lisura das eleições. Já a Constituição de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto vigorou o Presidente legislava por meio de decretos enquanto o Congresso era fechado. E a Constituição de 1969, garantia à liberdade, integridade física, ao passo que a tortura, o desaparecimento e o cárcere ilegal despontavam de um governo ditador.

antes eram relegadas ao processo político ordinário. Segundo a altilha lição de Barroso (2008, p.4) “A carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada (?) do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar em Política em Direito”.

Já o segundo fator se dá por conta do sistema de controle de constitucionalidade (já abordado no tópico anterior), que na realidade brasileira é híbrido, possibilitando que qualquer juiz ou tribunal faça o controle no caso concreto ou mesmo que a questão seja levada diretamente ao STF. De tal modo, aferindo o modelo institucional criado pela constituição de 88 é preciso que se entenda que a judicialização é uma coisa inelutável para o Judiciário,⁸ não provém de uma preferência filosófica. Não resta a opção por parte de Juízes ou Tribunais (quando provocados por meio do processo), se manifestarem ou não sobre a questão. Logo, o Judiciário apenas executa o papel que a Constituição lhe atribuiu.

Ativismo judicial, nomenclatura lançada (por volta da década de 1950) pela primeira vez em uma revista de atualidades estadunidense, foi, de acordo com Binenbonjm (2010), criação do jurista Arthur Schlesinger Jr.⁹ e desde sua concepção vem assumindo uma conotação negativa, depreciando a atuação do Poder Judiciário como se este o exercesse de maneira imprópria e ilegítima. As concepções acerca do ativismo judicial no Brasil também guardam um elevado grau de equívoco, colocando o termo como forma de descrever um desenho da separação dos poderes que já não existe mais e, o exercício de atribuições pelo judiciário de maneira destoante desse suposto esquema de divisão.

Tanto os que criticam, como os que exaltam o ativismo judicial

⁸ Entre outros, há como destacar a exemplo de temas já judicializados pelo Supremo Tribunal Federal: A pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); a interrupção de gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF); restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula Vinculante nº 13) e a mais recente, o reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132).

⁹ O termo surgiu em um contexto de divisão ideológica dos membros da Suprema Corte Norte-Americana. Nesse contexto Schlesinger separava os juízes em dois grupos: os ativistas e os campeões da autocontenção. Ao cunhar o termo, o autor não ambicionava criar uma teoria ou tão pouco enveredar pelo campo da dogmática jurídica, pretendia apenas demonstrar as posições tomadas por cada “ala” de juízes e com isso batizou as atitudes dos membros da corte.

parecem ter um entendimento pré-programado de que a ação considerada revela um afastamento do julgador do âmbito do que seria o esperado dentre as suas funções corriqueiras. Os que censuram o ativismo falam sobre a quebra do princípio democrático por conta de uma violação à separação de poderes fundada por Montesquieu. Os que o aclamam, atribuem ao ativismo à função de sanear os desvios causados pelo modelo de tripartição dos poderes que já não mais se aplicaria a lógica pós-positivista das sociedades modernas; notadamente nos Estados democráticos de direito.

Porém, relevando críticas, posicionamentos pejorativos ou paixões, há como buscar um conceito básico para a expressão, podendo dizer que ativismo judicial é o exercício expansivo (não necessariamente ilegítimo como parte da doutrina defende) de poderes político-normativos por parte de Juízes e Tribunais em face dos demais atores que compõem o cenário político. Tal expansão de poderes se deve ao arranjo institucional criado para se adequar a estrutura da jurisdição constitucional legitimada pela Constituição de 1988.

Em precisa lição Barroso (2008, p. 6) leciona que:

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.

Todavia vale lembrar que ao se estabelecer conceitos para o ativismo corre-se um enorme risco de cair na puerilidade da fixação de significado, pois o ativismo tem uma natureza multidimensional, ou seja, manifesta-se de várias formas. Assim, é extremamente difícil constituir um conceito que abranja todas as manifestações enquadradas como ativistas. No entanto é válida a intenção de criar situações genéricas que combinem com atuações ativistas.

Em suma, Barroso (2008, p. 6) procura estabelecer tais situações expondo:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações 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. (grifo nosso)?

Deste modo, como explanado alhures, a judicialização é um fato, uma circunstância do padrão institucional adotado no Brasil; nada tendo haver com atuação discricionária da vontade dos julgadores. Já o ativismo é uma atitude do Poder Judiciário de desenvolver específica e volitivamente uma conduta proativa em relação à interpretação da Constituição, alargando seu alcance e sentido e instalando-se em situações de descompasso entre a classe política, geralmente o Legislativo (pela sua inércia), e a sociedade civil e seus direitos. Em suma, a maneira de juízes ou tribunais exercerem a competência que a Constituição lhes atribui e a forma de se manifestar sobre direitos humanos ou políticas públicas é que dirá se houve ou não um posicionamento ativista por parte do judiciário. Logo, a tomadas de posição em favor do ativismo é a modo de contrapor máculas na democracia como a inércia legislativa, a desídia do executivo, as desigualdades causadas pelo sistema majoritário e etc.

Para finalizar, são precisas e necessárias as advertências feitas por Barroso (2008, p.19):

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise da representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

5 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DO ATIVISMO JUDICIAL FACE AO TEXTO CONSTITUCIONAL

Por todo o trabalhado, chega a hora de apresentar alguns fundamentos que tornam a jurisdição constitucional autêntico mecanismo

de combate a práticas antidemocráticas e guardiãs da ordem social. Do mesmo modo, tais argumentos pretendem demonstrar o quão legítima é a atuação do Poder Judiciário (seja ativista ou não), quando a questão é a guarda de direitos e garantias fundamentais.

Desde *Marbury vs. Madison* doutrinadores e críticos do direito se dividem entre os que defendem o controle de constitucionalidade e o ativismo judicial e os que censuram tais questões. Os que negam a atividade judicial e rebatem a legitimidade da jurisdição constitucional, argumentando no sentido de que o Poder Judiciário seria desprovido de legitimidade democrática, não cabendo a este anular ou modificar um diploma normativo que foi produto da vontade popular. Há quem vá mais longe e recuse o valor da jurisdição constitucional, por achar que inexistente sustentação constitucional para tanto. Assim, é cogente refutar tais argumentos, tecendo a ideia de que se não existe jurisdição constitucional (e em alguns casos atividade judicial) não há como proteger o Princípio Democrático (tão defendido pelos “inimigos” do ativismo).

5.1 Fundamento dogmático ou normativo

Embora esse fundamento se apresente como o mais simples, sua argumentação é uma das mais fortes e faz cair por terra toda à celeuma criada em torno da questão da legitimidade de atuação do Poder Judiciário. Pelo menos para o caso brasileiro (e é esse o ponto tratado no presente estudo), o fundamento dogmático ou normativo decorre do simples fato de haver previsão constitucional expressa da concessão de poderes ao Judiciário para invalidar as normas ou atos provenientes dos demais Poderes, ou mesmo atuar ativamente quando da criação de princípios abertos, pela Constituição (sobretudo o Supremo Tribunal Federal), deixando a cargo do intérprete a possibilidade de complementar sua vontade.

Para Sampaio (2002, p. 100) o caso brasileiro é bastante simples e este defende que:

A legitimidade da jurisdição constitucional estaria assentada, portanto, na sua instituição pelo constituinte, de modo que o amplo debate que se trava sobretudo nos Estados Unidos teria sua explicação na ambiguidade da Constituição

norte-americana a esse respeito, sem justificar, portanto, sua presença também no Brasil.

Por esse argumento é importante dizer que no momento em que a Constituição confere poderes ao Judiciário para agir na defesa do texto Magno, implícito está que a atuação jurisdicional irá, invariavelmente, interferir nas atividades dos demais poderes. Logo, não há que se falar em ausência de legitimidade e, muito menos, de previsibilidade constitucional.

Tão forte é o fundamento dogmático que bastaria ele para afastar toda a crítica construída contra a atuação do Poder Judiciário. Entretanto, por amor ao debate e com o compromisso de demonstrar o correto e necessário desempenho do Judiciário em suas funções constitucionais, cabe destacar outros fundamentos.

5.2 Fundamento de (ontológico)

Esse fundamento se estrutura na teoria de Kelsen (2006) e em muito se assemelha com o anteriormente tratado. Partindo do pressuposto já trabalhado em tópico anterior, cabe aqui dizer que para a teoria kelseniana a Constituição é vista como norma e se encontra no topo da hierarquia (pirâmide) normativa, dando a condição de validade de todo o ordenamento jurídico que a segue. Destarte, o controle de constitucionalidade é legítimo ao passo que seria contemplado como o instrumento de garantia das proposições constitucionalizadas, em face da criação normativa infraconstitucional. Por certo, Sampaio (2002, p. 98) leciona que:

a supremacia constitucional só teria sentido prático caso se pudessem sancionar possíveis desacertos ou incompatibilidades das normas de escalão hierarquicamente inferior com as normas-parâmetro presentes no texto constitucional.

5.3 Fundamento filosófico

A questão filosófica como argumento de legitimidade da jurisdição constitucional e do ativismo judicial é vista sob a óptica de

conceitos como o de constitucionalismo e de democracia, que para Barroso (2008, p. 11) são ideias que “se acoplaram, mas não se confundem”. Compreendendo que o constitucionalismo, em sentido estrito, pode ser visto como a limitação da atuação do poder estatal e a obrigatoriedade do Estado em respeitar e garantir os direitos fundamentais, e compreendendo que a democracia é o poder estruturado na vontade da maioria, o governo do povo, haverá em dado momento a aparição de situações que façam estes dois institutos entrarem em conflito. Situações que o próprio caráter majoritário da democracia pode vir a colocar em cheque a observância de direitos assegurados pela Constituição; em suma haverá o choque entre princípios.

Como não há hierarquia entre normas constitucionais, e como a Carta Cidadã trouxe diversos preceitos abertos, cabe ao Poder Judiciário, por meio da jurisdição constitucional resolver a aparente colisão principiológica. Por essa razão, Barroso (2008) entende que o fundamento filosófico se firma no fato de ser a Constituição quem deve estabelecer às regras do jogo democrático, garantindo um processo político adequado à proteção das minorias. Ainda para Barroso (2008) o ideal de democracia não deveria ser resumido ao princípio majoritário. Não poderia a maioria deliberar pelo prejuízo da minoria (aparentemente não representada) pelo simples fato desta se encontrar em menor número. Não seria razoável e, muito menos justo, preterir direitos fundamentais de um grupo em relação ao outro tendo como base somente a vontade circunstancial de quem possui mais votos.

Deste modo, a Constituição, por meio do Poder Judiciário como seu garante final, desempenharia o papel de proteger valores fundamentais, ainda que confrontados com a vontade da maioria, criando um ponto de equilíbrio para que todos possam fruir de seus direitos. Para assegurar o tão caro princípio democrático, é necessário que se obedeça antes os direitos e garantias fundamentais. Do contrário não como cogitar o funcionamento de um estado democrático de direito.

Valiosa é a lição de Binenbojm (2010, p. 278) para aclarar o fundamento filosófico:

A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder

contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, *quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.* (grifo nosso)

5.4 Outros fundamentos

Não obstante aos argumentos já apresentados, cabe apenas destacar, pontualmente, outros fundamentos que também legitimam a jurisdição constitucional e a atividade jurisdicional. O fato de a democracia representativa ter se transmutado em uma democracia participativa, onde grupos com pouca ou nenhuma representatividade buscam no judiciário uma voz, é também um argumento que dá força a existência da jurisdição constitucional.

A questão da crise de representatividade, com partidos políticos com total ausência de ideologia, funcionando apenas como indicadores de burocratas para cargos públicos e não mais como defensores dos anseios populares, aliada a crescente corrupção e a inércia (ou omissão) legislativa, lançam o poder legiferante e também o executivo em um mar descrédito, ao passo que eleva a confiabilidade do Poder Judiciário e assim, confere mais força a atuação deste, legitimando a jurisdição constitucional como meio de suprir as falhas deixadas pelos demais poderes constituídos.

Em relação a isso, é precisa a lição de Sampaio (2002, p. 65):

O ativismo judicial se impõe assim como uma compensação a essa falta de racionalidade da práxis política, como uma forma de atenuar o hiato existente entre o ideal político e a realidade constitucional, ou para preencher o vácuo [deixado] pela renúncia do legislador do seu papel político próprio. A Corte Constitucional é vista, sob esse ângulo, como representante do povo ausente ou como reserva do autogoverno, conferindo legitimidade ao sistema constitucional como um todo e à própria atividade governamental em particular.

Por fim e para fechar o presente tópico, são válidas as lições de Enterría (*apud*, Sampaio, 2002, p. 96), quando este afirma que:

A jurisdição constitucional já foi julgada pelo Tribunal da História, perante o qual não apenas foi absolvida de tão graves encargos, como que foi afiançada definitivamente como técnica quinta-essenciada do governo humano. Todavia sua legitimidade precisa ser confirmada cotidianamente, numa espécie de “plebiscito diário”: nenhum outro órgão constitucional (...) joga literalmente sua vida dia a dia como este sobre o acerto de sua função e, concretamente, de sua função precisamente judicial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao pós-positivismo, a nova face do constitucionalismo moderno, que encara a Constituição como norma e a partir dela condiciona a existência das demais normas, por parte do princípio da supremacia, já não mais permite que o preceito inserido no texto da norma fundamental seja desrespeitado. O neoconstitucionalismo não se restringe mais a mera subsunção de cláusulas fechadas, pois além da inserção de princípios no texto constitucional, há cada vez mais uma reaproximação do direito com a moral.

Claro restou que o ativismo judicial e a bem-sucedida atuação do judiciário se deve ao caráter criativo que a jurisdição constitucional vem assumindo, aliado a uma posição hermenêutica mais comprometida com a revelação de valores subjetivos do que com a simples declaração da fria “vontade da lei”.

Acertadamente, não há mais como conceber que em um estado democrático de direito inexistam um órgão (seja um juiz ou tribunal) encarregado do controle de constitucionalidade. É imperativo que a jurisdição constitucional possa ser executada de pleno, pois só assim poderá cumprir o papel de garantidora do direito.

Por todo o revelado e discutido, fica impossível não advogar em favor da legitimidade da jurisdição constitucional e do ativismo judicial como meios de efetivar e proteger o princípio democrático, assim como tantos outros direitos fundamentais. Logo, resta evidente, que tanto a jurisdição constitucional como o ativismo judicial, são dois dos principais responsáveis por manter a chama da democracia acesa e vibrante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 4. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2001a.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**, 5. ed., Rio de janeiro: Renovar, 2001b.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: versão atualizada até a emenda nº 67/2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2011.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed., Salvador: JusPodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 25. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 14. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

RECK, Melina Breckenfeld. **Legitimação democrática da jurisdição constitucional**. Disponível em: <<http://www.oabpr.com.br/revistaelectronica/artigos/7-32.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da constituição, democracia e igualdade**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129%283%29.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2011.