

A CRIAÇÃO DE UM NOVO DIREITO A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE CREATION OF A NEW RIGHT FROM THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION FOR THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Jailce Campos e Silva¹
Prof. Dr. Fábio Periandro de Almeida Hirsch²

Resumo: Os avanços nas condições socioeconômicas dos indivíduos têm tornado crescente a demanda pela efetividade dos preceitos constitucionais e garantia dos direitos fundamentais e, por conseguinte, a atuação mais efetiva dos juízes para além da aplicação da lei. Este Artigo traz a problemática acerca da necessidade de refletir sobre a produção criativa e concretizadora do Direito através da interpretação constitucional por parte dos juízes legitimada na jurisdição constitucional, gerando o questionamento sobre de que forma a subjetividade da interpretação da norma na legitimidade da jurisdição constitucional pode resultar na criação de um novo direito, conciliando a democracia e o Estado de Direito.

Palavras-chave: Interpretação constitucional; Criação judicial; Legitimidade; Direitos fundamentais; Estado democrático de direito.

Abstract: Progress in the socioeconomic conditions of individuals have increased the demand for the effectiveness of constitutional precepts and the guarantee of fundamental rights and, as a result, have given judges a more effective performance beyond law enforcement. This Article raises the issue of the need to reflect on the creative and concrete production of Law through constitutional interpretation by the judges legitimized in the constitutional jurisdiction, generating the question about how the subjectivity of the interpretation of the rule in the legitimacy of the constitutional jurisdiction can result in the creation of a new right, reconciling democracy and the rule of law.

Key words: Constitutional interpretation; Judicial creation; Legitimacy; Fundamental rights; Democratic state.

1 INTRODUÇÃO

Muito embora os direitos fundamentais estejam previstos na Constituição Federal/1988, ainda há componentes do Estado Democrático de Direito que não foram

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado e Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

² Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia.

implementados, devido a desvios na compreensão do significado de Constituição e do papel da jurisdição constitucional. Para tanto, depende do processo de interpretação do seu conteúdo por intermédio dos tribunais responsáveis pela justiça constitucional.

A problemática que ensejou este estudo remete à reflexão sobre a produção criativa e concretizadora do Direito, através da interpretação constitucional por parte dos juízes, legitimada na jurisdição constitucional, apresentando o seguinte problema: de que forma a subjetividade da interpretação da norma na legitimidade da jurisdição constitucional pode resultar na criação de um novo direito, conciliando a democracia e o Estado de Direito?

Assim, este estudo propõe uma reflexão acerca do fenômeno da criação de um novo direito proveniente da interpretação constitucional para a efetividade dos direitos fundamentais, visando a analisar o contexto da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, verificar a legitimidade democrática do Judiciário em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais através da interpretação constitucional e destacar o papel do Judiciário na criação de um novo direito em razão do controle de constitucionalidade dos atos comissivos e omissivos do Executivo e do Legislativo.

A presente produção é fruto do Grupo de Pesquisas Direitos e Deveres Fundamentais e possui natureza interdisciplinar, tendo em vista o diálogo entre Direito e ciência política, hermenêutica, sociologia, filosofia. Para alcance do objetivo geral e dos resultados, foi realizada uma pesquisa bibliográfica em fontes como livros, artigos, jurisprudência e legislação.

2 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A sociedade brasileira vem passando por transformação da sua realidade social, econômica e política. A partir do processo constituinte, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988 social, dirigente e compromissária, tem-se intensificado, na concepção de Streck (2004, p. 190), a busca pelo “resgate das promessas da modernidade, exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte de 1988”: direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

Em razão dessas novas demandas sociais, prevê a Carta Magna a efetividade plena e imediata dos direitos fundamentais, dos preceitos constitucionais e da supremacia da Constituição Federal, os quais consistem o Estado Democrático de Direito, cenário no qual o Direito deve ser visto como um instrumento transformador da realidade social.

A partir do olhar sobre a revalorização do Direito, busca-se entender a relação entre a Constituição e a jurisdição constitucional, a fim de refletir acerca do fenômeno da criação de um novo direito proveniente da subjetividade da interpretação constitucional.

Neste sentido, faz-se necessário entender o significado de constitucionalismo na contemporaneidade, especialmente retratado na relação entre Constituição e jurisdição constitucional a partir da compreensão de que “[...] enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito”, afirma Streck (2004, p. 13).

No constitucionalismo moderno, a Constituição é considerada a lei fundamental que rege todo o ordenamento jurídico e resulta em um documento escrito revestido de duas características: “organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais”, que tem “ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana”, conforme descreve Cunha Júnior (2015, p. 32).

Neste cenário, a relação entre Constituição e jurisdição constitucional está ligada a um Estado organizado, com limitações de poder e submissão a um ordenamento jurídico validado pela Lei superior e responsável pela garantia dos direitos fundamentais.

Em se tratando da separação dos Poderes, Montesquieu (2008, p. 25) assim fundamenta a sua clássica tese: “Para que cada Poder freie o outro; impeça o abuso por parte deste”. Sua doutrina é tripartite, no sentido de que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem função específica, sendo adotada pela maioria dos países na atualidade.

Todavia, há se considerar que, embora os três Poderes sejam independentes entre si, exercem as suas funções de forma harmônica, o que leva a refletir sobre a existência de um equilíbrio entre si e não de uma separação. Caso contrário, corre-se o risco de haver uma discrepância na correlação entre os Poderes na forma fundamentada por Montesquieu.

Vale destacar que o Judiciário tem o papel de participar da construção da sociedade, pois, para efetivação dos direitos e garantias fundamentais, os juízes são corresponsáveis pela implementação das políticas públicas, mediante o controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, Ferreira Filho (2007, p. 287) assevera acerca do controle de constitucionalidade: “O controle sobre a lei se traduz pela verificação de constitucionalidade que, a justo título, tem de ser considerada básica para a sobrevivência do regime constitucional. De fato, é o critério realista da supremacia da Constituição, que, se não for protegida por um mecanismo eficaz, será palavra vã.”

Ademais, os sistemas constitucionais modernos reconhecem o Judiciário como o Poder dotado de melhores condições para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais diante de ameaça ou violação desses direitos.

É, pois, neste cenário de constante transformação social e de sujeição de todo o ordenamento jurídico à Carta Magna, que se deve refletir sobre a atuação do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, a quem é outorgado poder para averiguar se as leis e os demais atos da Administração Pública estão em conformidade com o texto constitucional.

Afirma Cappelletti (1999, p. 19) que “A expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso num sistema democrático de *checks and balances*” (freios e contrapesos).

Nesse diapasão, Dias Toffoli (2018), em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF, defende que “É o modelo de freios e contrapesos, por meio de contrapartidas de controle recíproco entre os Poderes, que viabiliza a manutenção do equilíbrio e da harmonia quando se tem intervenções de um Poder em função própria de outro.”

2.1 A ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Até o final da Segunda Guerra Mundial (1945), na Europa Continental vigorava o Estado Legislativo de Direito, no qual a Constituição era um documento político e, para que suas normas fossem desenvolvidas e aplicadas, dependia da atuação do Legislativo ou do Executivo. A partir daí, consolidou-se o Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição passa a ser o parâmetro de todo o ordenamento jurídico, disciplinando a elaboração de leis e atos normativos, inclusive a imposição de limites para o seu conteúdo e atuação do Estado.

Com a finalidade de esclarecer o posicionamento da lei nos Estados Legislativo de Direito e Constitucional de Direito, Barroso (2018, p. 442) assim os caracteriza: “centralidade da lei e supremacia do parlamento” para o Estado Legislativo de Direito e “centralidade da Constituição e supremacia judicial” para o Estado Constitucional de Direito.

Posicionar a Constituição no centro do ordenamento jurídico configura uma mudança de paradigma, que resulta na judicialização decorrente do modelo constitucional do Estado brasileiro, configurado de forma que o Judiciário seja provocado a manifestar acerca de pretensões subjetivas ou objetivas nos limites formulados pelos litigantes e nos limites da criatividade judicial para construção da jurisprudência, clareza do direito e segurança jurídica.

Frise-se, então, que a atuação judicial na construção da jurisprudência dentro dos limites impostos pelas partes e pelo modelo constitucional brasileiro requer um esforço do

jurista na busca do equilíbrio, conforme assevera Branco (2009, p. 1): “A ideia de justiça está indelevelmente ligada à busca de equilíbrio. O balanço de interesses conflitantes a que o Direito é chamado a compor captura o esforço último do jurista. [...]. Enfrentar esses desafios constitui tarefa que se associa à concepção do que seja o trabalho do jurista.”

No Brasil, a judicialização ganhou força a partir do processo de redemocratização do país, que culminou na promulgação da Constituição Federal/1988, promovendo a ascensão do Judiciário, a quem compete, no exercício da função jurisdicional contramajoritária, exercer o papel de controlar e exigir que o Estado intervenha em benefício de toda a sociedade.

Consequentemente, a democracia reacendeu no povo a cidadania, o acesso facilitado à informação e a consciência dos seus direitos, levando-o a buscar a tutela dos seus interesses. Denomina-se este evento de judicialização, que é o redirecionamento para o Judiciário das decisões acerca de questões políticas, competência do Executivo e do Legislativo.

Resta claro que a efetiva participação da sociedade no processo de redemocratização contribuiu para a expansão do Judiciário ao reconhecer a capacidade deste para controlar com eficiência a atuação dos demais Poderes, a fim de garantir o Estado Constitucional de Direito.

Outro fator importante para a expansão do Judiciário é a previsão constitucional de matérias relacionadas à implementação de políticas públicas, que antes eram de abrangência política sob a responsabilidade do Legislativo e do Executivo e, hoje, transformam-se em uma pretensão jurídica, que resulta em uma ação judicial, conectando a política e o Direito.

Como forma de demonstrar a proximidade entre a política e o Direito, percebe-se, na atuação do Judiciário, a discussão e a busca pela concretização das políticas públicas por meio do Poder Público, a exemplo da proteção ambiental no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.312/TO pelo STF (2019).

A existência de conduta omissiva do Estado na implementação de políticas públicas tem desencadeado a expansão do Judiciário brasileiro mediante a judicialização de questões políticas, sociais e até mesmo morais. Como exemplo da ausência de legiferância do Legislativo, o Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1104823/CE (2019) referente a não previsão legal do direito de greve do servidor público, ainda não regulamentado.

Outra causa da ascensão do Judiciário, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, espelhado no pioneiro sistema americano de controle incidental e difuso, estabelece que juízes e tribunais podem deixar de aplicar a lei no caso concreto diante da não conformidade com a Constituição Federal, que é o seu parâmetro.

Ademais, como reflexo da influência do sistema de controle de constitucionalidade europeu, a Constituição Federal/1988, em seu art. 102, permite a propositura, por entidades públicas e privadas, de Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade de leis ou atos normativos federal ou estadual sobre temas relevantes.

2.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Entende-se por jurisdição constitucional o exercício de interpretação, aplicação e guarda da Constituição pelo Judiciário, a fim de assegurar direitos fundamentais às minorias no exercício de sua função contramajoritária. No Estado Constitucional, as Cortes Constitucionais são as instituições que melhor desempenham esta função, embora compita aos demais Poderes e à sociedade a mesma tarefa. No sistema judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal é a instância máxima para o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Legislativo e do Executivo.

Neste contexto, para compreensão do conceito de jurisdição constitucional, Barroso (2018, p. 443) a define como o “poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.”

Não obstante a sua função de limitar e racionalizar a atividade do Estado, Abboud (2012, p. 4-5), no contexto do constitucionalismo democrático, apresenta as Constituições “na medida em que elas passam a buscar instrumentos institucionais necessários para assegurar a preservação dos princípios fundamentais.”

Nas Constituições democráticas, a exemplo da Constituição brasileira, em se tratando dos princípios da inviolabilidade dos direitos fundamentais e da igualdade, Abboud (2012, p. 5) ressalta que: “Esse segundo princípio, nas Constituições democráticas, não se limita mais à mera proibição de discriminação, ele adquire dimensão promocional como mecanismo de acesso a bens fundamentais de convivência civil, tal como direito à educação, saúde e os direitos sociais.”

No Estado Democrático de Direito, não basta o Estado garantir a existência dos direitos fundamentais. É preciso, também, promover os demais direitos provenientes de sua existência, como forma de sustentar os fundamentos da República Federativa.

Para Abboud (2011, p. 342), “os direitos fundamentais constituem conquista histórica da sociedade oriunda do desenvolvimento do próprio constitucionalismo.” Entende-se que a

sua inobservância configura involução do processo civilizatório da sociedade e que a garantia de tais direitos é a base para a existência do Estado Democrático de Direito.

2.3 A APLICAÇÃO INTERPRETATIVA CONSTITUCIONAL

Para melhor compreensão do processo de interpretação constitucional, é importante refletir acerca do conceito de interpretação e o contexto onde ela se realiza. Vivia-se em uma sociedade fechada, na qual os intérpretes constitucionais se limitavam aos juízes, detentores de capacidade técnica no campo das ciências jurídicas.

Todavia, Häberle (1997, p. 13-14) afirma que todos são agentes conformadores da realidade constitucional:

Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la. Toda interpretação por meio de qualquer indivíduo constitui, parcialmente, uma interpretação constitucional. Originariamente, interpretação é apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto).

Destarte, no processo de interpretação da Constituição, o universo composto de intérpretes recepciona todos aqueles a quem a norma alcança. Para Häberle (1997, p. 14), “[...] cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação [...]”. Neste processo, verifica-se a influência da teoria democrática, de onde exsurge a ideia de participação deliberativa.

Miranda (2019, p. 131) coaduna com Häberle, ressaltando que todos e não somente o Estado, em uma sociedade pluralista, são partícipes ativos no processo hermenêutico:

O destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico. Numa sociedade pluralista, não há *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. A interpretação da Constituição não é mero domínio do Estado. A ela têm acesso potencialmente todas as forças da comunidade política: o cidadão que se dirige ao Tribunal Constitucional ou o partido político que abre um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo são intérpretes da Constituição.

Soares (2017, p. 332-333) assevera que “Interpretar consiste, do ponto de vista semiótico, em descobrir o sentido e o alcance dos modelos normativos, procurando a significação dos signos jurídicos. [...] a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças operadas na vida social”, assim como Bastos (2000, p. 59-60), para quem “interpretar é atribuir um sentido ou um significado ao texto” e como forma de descrever a atuação do intérprete, a define como “uma atividade volitiva, vale dizer, que envolve a vontade do agente interpretativo”.

Há se considerar que a aplicação da norma jurídica positivada requer a atuação compreensiva do intérprete para externar o significado da norma na busca por uma decisão justa, correlata com os conflitos sociais e persuasiva perante a comunidade jurídica.

Miranda (2019, p. 131), por sua vez, ressalta que “Como toda a interpretação jurídica está estreitamente conexa com a aplicação do Direito; insista-se, não se destina à enunciação abstrata de conceitos, destina-se à conformação da vida pela norma.” A conformação está na tríade realidade-ordenamento jurídico-norma constitucional. Todo e qualquer cidadão, que busca a tutela jurisdicional, espera do Estado-juiz a aplicação da norma para assegurar os seus direitos. No contexto da Constituição, o processo de interpretação jurídica não pode se distanciar do processo de aplicação do Direito, em que vida e norma não se desprendem.

O conceito de interpretação de Coelho (2015, p. 30-31) remete ao exercício de externar a compreensão de algo latente:

A interpretação é a forma explícita da compreensão. Interpretar significa explicitar a compreensão subjacente. Interpretar já é transformar, na medida em que fazemos de uma coisa dada uma coisa interpretada, assim como, interpretando as leis, os seus tradutores transformam direito legislado em direito interpretado.

Esta transformação do direito legislado em direito interpretado está expressa no julgamento do Recurso em Sentido Estrito (RSE) nº 7000710-78.2018.7.00.0000, do Superior Tribunal Militar (STM) (2018), que traduz o benefício da hermenêutica jurídica como ferramenta útil para o operador do Direito no exercício da interpretação das leis:

A hermenêutica jurídica promove a analogia e a integração de disposições legais para, alfim, proporcionar a adequada compreensão de seu conteúdo. Constitui ferramenta essencial para o operador do direito efetuar a interpretação da Lei que, por vezes, ultrapassa a literalidade, dando-lhe maior hígidez. [...].

Resta clara a tarefa volitiva dos intérpretes de dar um significado ao texto. Canotilho (2003, p. 1200-1201) afirma que “interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada.”

Deve-se proceder à interpretação de todas as normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição, tendo como intérpretes não somente o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, mas, também, todo aquele a quem a norma alcançar. Prevalece, pois, a tese de que a norma requer uma interpretação reconstrutiva do Direito por seus aplicadores.

2.4 A ATUAÇÃO CRIATIVA E CONCRETIZADORA DO DIREITO PELOS JUÍZES

Na sociedade contemporânea, a atividade do Juiz tem se expandido para além do pronunciamento da lei. O processo de interpretação das leis em conformidade com a Constituição revela um caráter criativo, que exige do juiz aptidão e legitimidade para inovar a ordem jurídica, com vistas à concretização dos preceitos constitucionais, à clareza do Direito, à manutenção da segurança jurídica, a evitar o solapamento da materialidade da Constituição.

Nesse sentido, visando à aplicabilidade imediata e plena efetividade dos direitos fundamentais, é legítima a atuação judicial criativa e concretizadora do Direito. Embora esteja o juiz limitado e vinculado à Constituição, havendo abertura, recorre às diversas possibilidades de escolha e decisão.

Parte da doutrina considera a atuação criativa e concretizadora do Direito um exercício de discricção judicial - Kelsen (1979, p. 466) “para quem a interpretação da lei não deve conduzir a uma única solução correta, havendo uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades; cabe ao intérprete a escolha de uma delas.”

Nesse sentido, percebe-se que a lei dá vazão a várias interpretações ante a complexidade das relações sociais e os crescentes litígios, pois o ordenamento jurídico nem sempre se mostra claro para o juiz decidir com base exclusivamente nas normas, permitindo-lhe declarar e inovar o Direito com legitimidade na jurisdição constitucional.

Todavia, Cappelletti (1999, p. 24) pondera que “o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”, pois deve prestar contas à sociedade em decorrência da repercussão e abrangência de suas decisões, conforme prevê o art. 93, IX, da Constituição Federal/1988: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”.

Observa Moraes (2013, p. 50;53) que a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formal da própria Constituição, “que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício de poder constituinte originário”, assim como a sua legitimidade material, pois “os Tribunais ou Cortes Constitucionais são órgãos de garantia da supremacia de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, resguardando, dessa forma, o Estado de Direito e preservando as ideias básicas da Constituição material.”

Por conseguinte, Barroso (2016, p. 78) afirma que:

Se a Constituição tem status de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la. Ainda quando decida conflitos de natureza política, os critérios e métodos dos órgãos judiciais e das cortes constitucionais são jurídicos. Em uma proposição: o Judiciário, ao interpretar as normas constitucionais, revela a vontade do constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a das maiorias parlamentares eventuais.

Indubitavelmente, a relevância da Constituição reflete a importância do Tribunal Constitucional para o Estado Democrático de Direito. Alguns doutrinadores apresentam argumentos favoráveis à criação judicial do Direito a partir da aplicação interpretativa da Constituição na jurisdição constitucional.

Contudo, outros proferem críticas por considerarem que a jurisdição constitucional viola o princípio da separação dos Poderes, como traduz Habermas (2003, p. 298): “A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça. Nesse sentido, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão de poderes.”

Este é o principal argumento de que os membros do Judiciário, por não serem eleitos pelo povo, não possuem legitimidade democrática para inovar o ordenamento jurídico. Consideram que somente são legítimos o Executivo e o Legislativo, devido ao seu caráter majoritário, representativo da soberania popular.

No entanto, Binbenbojm (2001, p. 49) defende que, mesmo diante da função contramajoritária da jurisdição constitucional, ao Judiciário compete anular os atos dos representantes do povo e, ainda assim, favorecer o regime democrático, conforme diz:

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. [...] 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.

A respeito da legitimidade da justiça constitucional, Moraes (2013, p. 49) assevera que

A premissa básica que justifica a legitimidade da Justiça Constitucional parte da ideia de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria.

É mediante a atividade interpretativa e criativa dos juízes, presente no fenômeno das mudanças jurisprudenciais, que decorre a atuação criativa e concretizadora do Direito pelos juízes. Não se trata de uma postura judicante contrária à democracia, mas para a democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação da sociedade brasileira na redemocratização do país, a previsão constitucional de matérias programáticas e a conduta omissiva do poder estatal na implementação das políticas públicas têm contribuído para a expansão do Judiciário, culminando na crescente judicialização de questões políticas, sociais e morais.

Demonstra-se que, no contexto da jurisdição constitucional, o exercício de interpretação, aplicação e guarda da Constituição compete aos juízes, tribunais e a quem mais a norma alcançar. É possível ratificar que os juízes possuem legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Executivo e do Legislativo, promovendo a criação de um novo Direito para garantia dos direitos fundamentais, mesmo diante dos limites impostos pela Constituição Federal.

Outro aspecto importante é a corresponsabilidade dos Poderes na implementação das políticas públicas. Constatou-se que a atuação do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade não viola o princípio da separação dos poderes. Há, pois, uma atuação coordenada entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário e a sociedade civil organizada, com funções específicas.

Conclui-se, portanto, que, nos limites impostos pela Constituição Federal, a atuação criativa e concretizadora do Direito por parte dos juízes e tribunais é favorável à democracia, vista no processo de construção da jurisprudência para a consequente clareza do direito e segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais On-line**, v. 921, p. 191-211, jul. 2012, DTR\2012\44816. Disponível em: file:///C:/Users/user/Downloads/RTDoc%2001-05-2019%2018_06%20(PM).pdf. Acesso em: 1 maio 2019.

_____. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP)

BRASIL. Superior Tribunal Militar (STM). **Recurso em Sentido Estrito (RSE) nº 7000710-78.2018.7.00.0000**, Relator (a): Min. Gen. Ex. Marco Antônio de Farias, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2018 e publicado em 16/11/2018. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=ementa&q=rse+70007107820187000000#. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 1104823/CE**, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 14/12/2018, Processo Eletrônico DJe-026, Divulgado em 31/01/2019 e publicado em 01/02/2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000271201&base=baseAcordados>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.312/TO**, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, Processo Eletrônico DJe-026, Divulgado em 08/02/2019 e publicado em 11/02/2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000272647&base=baseAcordados>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.526/DF**, Relator (a): Min. Edson Fachin, Relator (a) para Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2017, Processo Eletrônico DJe-159 Divulgado em 06/08/2018 e publicado em 07/08/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339000646&ext=.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 mar. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 6. reimp. Coimbra/Portugal: Edições Almedina, 2003. (Manuais Universitários)

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires da. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Tempo brasileiro, 2003. v. 1.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. (Coleção Fora de Série)

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**: garantia supremacia da Constituição. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.