A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Patrícia Cunha Paz Barreto de Carvalho*

RESUMO: O ideal de Justiça deve ser perseguido pelo Poder Judiciário, o qual deve sempre estar atento às realidades sociais e aos valores contidos em nossa Constituição Federal, constituindo-se a jurisdição em verdadeiro instrumento de implementação dos direitos fundamentais. Para tal desiderato, magistrados devem assumir o compromisso de perseguir sempre o ideal de Justiça, acreditando serem peças fundamentais do sistema jurídico, como instrumentos de pacificação social, visando precipuamente a garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, a fim de contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional em nosso país.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Constitucionalização do Direito. Direitos e Garantias Fundamentais. Ativismo Judicial. Justiça. Controle de Constitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

Em razão da imperatividade das normas constitucionais e da real necessidade de implementação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, a Justiça se revela como **valor, princípio e ideal** imprescindível quando da interpretação das leis, constituindo-se em objetivo precípuo e condição *sine qua non* quando da implementação dos direitos fundamentais consagrados.

Some-se a isso o novo perfil de jurisdição constitucional que irradia os valores constitucionais pelo sistema jurídico.

Do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar a aplicação de uma lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucionais, preservando-se,

* Juíza da Comarca de Poço Redondo. Mestre em Direito, com foco em estudos sobre Violência e Criminalidade na Contemporaneidade – Universidade Federal de Sergipe (UFS).

assim, o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro. É o fenômeno da constitucionalização do direito.

O Supremo Tribunal Federal e todos os demais magistrados deste Brasil detêm o dever de guarda dos ideais contidos em nossa Lei Fundamental, que é dotada de força normativa e supremacia.

Há um verdadeiro processo de filtragem constitucional e não se diga que o referido processo é equidistante das decisões monocráticas dos juízes de primeiro grau.

Os juízes da atualidade devem pautar as suas decisões em fundamento constitucional, tendo em vista sempre a dignidade da pessoa humana e os princípios explícitos e implícitos que dela derivam, mesmo que a lei infraconstitucional seja em sentido diverso, realizando verdadeiro controle de constitucionalidade na via difusa.

Ressalte-se ainda que o Poder Judiciário vive um momento de virtuosa ascensão política e institucional. A redemocratização passou a ser poder político e nova consciência de cidadania.

A Constituição Federal criou novos direitos e novas ações. A vida brasileira se judicializou mediante a implementação de um acesso à justiça mais efetivo.

Pois bem. Em razão da constitucionalização do direito, da crescente demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário, verifica-se no Brasil o que Luís Roberto Barroso denomina de *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final, sendo nítida a necessidade do ativismo judicial no Estado contemporâneo. É a transformação do jurídico em político, enquanto o político quer se tornar cada vez mais jurídico.

A Carta de 1988, que completará seus 27 anos de existência, confere à dignidade da pessoa humana o valor de fundamento da República Federativa do Brasil, atribuindo também como seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos.

O Ministro Carlos Ayres Britto defende que o constitucionalismo contemporâneo pode ser denominado Fraternal ou Altruístico, "para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração".

A Justiça, portanto, erige-se como principal meio de defesa dos direitos individuais, mesmo quando as violações resultarem da atuação

administrativa estatal.

Sendo assim, não se pode pensar em um Poder Judiciário tímido, responsável apenas pela resolução de litígios de natureza privada, revelando-se a necessidade de efetivar e implementar os valores contidos em nossa Constituição Federal, sobretudo em relação aos direitos fundamentais nela contidos.

2. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O fenômeno da Constitucionalização do Direito exerce um verdadeiro papel unificador do sistema jurídico, preservando sobremaneira a força normativa da Constituição e a efetividade de suas normas.

É indubitável que a Constituição Federal é norma suprema do sistema jurídico brasileiro, sendo dotada, portanto, de força normativa.

Por tal razão é que todas as demais normas existentes no ordenamento jurídico lhe devem obediência formal e material, já que ela ocupa o mais alto grau na hierarquia das fontes.

De igual modo, por serem as referidas normas objeto de estudo dos diferentes ramos do direito existentes no sistema jurídico, é fato que também estes microssistemas deverão manter a devida correspondência, sobretudo quando da interpretação de seus preceitos.

Com efeito, denota-se que, hodiernamente, desde o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está ocorrendo verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, consequência da evolução da ciência constitucional.

Este fenômeno, mais conhecido como constitucionalização do Direito, permite não somente a releitura de conceitos e institutos jurídicos, mas também a elaboração e desenvolvimento de novas categorias jurídicas e a interação dos diferentes campos da ciência jurídica.

Destarte, a Carta Magna assume atualmente papel de unificação do sistema, mediante a imposição de seus princípios e normas aos demais ramos do ordenamento jurídico, mediante processos de filtragem constitucional realizados, sobretudo, pelo Poder Judiciário.

Assim, é cogente que se compreenda a estrutura interna de uma determinada norma que compõe um ramo do direito específico a partir da legalidade constitucional.

A atividade do operador do direito consiste, primordialmente e essencialmente, na interpretação das normas jurídicas, sejam de natureza escrita ou consuetudinária, adequando-as aos fatos sociais que diuturnamente ocorrem no seio da coletividade.

Assim, por exemplo, quando se afirma a existência de um crime, nada mais estamos a fazer do que subsumir a conduta praticada pelo agente com as normas penais de regência.

Da mesma forma, quando se diz que um contribuinte é devedor de determinado tributo, tal conclusão deriva naturalmente de um exercício de interpretação, através do qual o operador entendeu que o fato da vida que o sujeito passivo praticou adequa-se àquela hipótese de incidência prevista na norma estatal.

Dessa forma, e na medida em que o trabalho desenvolvido pelo aplicador do direito tem como ponto central a interpretação das normas jurídicas, à luz da linguagem adotada e da compreensão do ser e do dever ser, temos que a hermenêutica, como arte filosófica interpretativa, assume papel de suma importância para a vida em comunidade, regida pelo Direito.

A verdade que sempre é buscada pelo operador jurídico, é fruto de um silogismo interpretativo, de um sentimento filosófico valorativo, que vai muito além do objetivismo científico e perpassa pelo conhecimento do mundo humano, de modo a tornar evidente a importância que a hermenêutica tem para a solução dos conflitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal cada vez mais vem exercendo um controle mais efetivo, criando precedentes, muitas vezes vinculantes, atrelado ao controle efetuado pelos juízes de todo o país quando do julgamento dos casos concretos.

E a consequência desta trajetória evolutiva é a incorporação de mecanismos de jurisdição constitucional e o fortalecimento dos já existentes.

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisdição constitucional pode efetivamente aplicar de forma direta uma norma constitucional a um determinado caso concreto, bem como também pode se utilizar indiretamente da norma constitucional, realizando o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo infraconstitucional.

Ambos os modelos de jurisdição constitucional constituem-se verdadeiros instrumentos de implementação de direitos fundamentais,

merecendo o estudo atenção especial no tocante à questão da realização da justiça no caso concreto em detrimento da segurança jurídica, bem como no que concerne aos limites porventura impostos ao que se denomina de ativismo judicial.

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O Estado de Direito se consolida a partir da adoção de dois paradigmas - separação de Poderes e proteção de direitos individuais - com nova formatação estatal esteada em Constituições normativas.

Segundo preconiza Luís Roberto Barroso, é possível identificar três modelos institucionais diversos de Estado, quais sejam: O Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito.

Ainda na lição de Luís Roberto Barroso:

> O Estado pré-moderno, anterior à consagração da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como consequência, também normativo. O Estado legislativo de direito, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito.
> O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Gerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade

> das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, as quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição. (pág. 244 e 245).

Fugindo das pretensões deste modesto trabalho percorrer todos os momentos históricos em que as sementes do que hoje se chama de constitucionalismo foram lançadas, avulta realçar que o momento hodierno, da primeira década do Século XXI, pode ser definido como de um constitucionalismo de sentido democrático.

Nos momentos atuais, não mais satisfaz ao conceito de constitucionalismo a vetusta noção formal de democracia, mas sim a democracia no seu sentido material, como muito bem externado pelo grande constitucionalista Luis Roberto Barroso na mesma obra supracitada, verbis:

> "A democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais -, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material,

> sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade" (ob. cit. p. 41).

O Estado de direito reclama que o cidadão deixe de ser mero espectador das decisões políticas, cujo monopólio pertence, ou pertencia, àqueles que se encontram no núcleo do poder; persegue-se um ideal de democracia participativa em que o povo é protagonista do momento histórico, podendo interferir nas decisões relevantes pelos meios mais sortidos de participação popular.

Um Estado de respeito às diferenças, e que objetive uma redução real das desigualdades históricas e que esbata os maléficos efeitos à sociedade que a existência de grupos de dominação outrora sequelaram a civilização.

Nas preciosas palavras do Ministro Marco Aurélio:

> Falta-nos, então, para afastarmos do cenário as discriminações, uma mudança cultural, uma conscientização maior dos brasileiros; urge a compreensão de que não se pode falar em Constituição sem levar em conta a igualdade sem assumir o dever cívico de buscar o tratamento igualitário, de modo a saldar dívidas históricas para com a impropriamente chamadas 'minorias', ônus que é de toda a sociedade (Revista latino-americana de estudos constitucionais, Del Rey, volume 5, janeiro/junho de 2005, pág. 162)

As normas constitucionais, e o constitucionalismo em geral, devem estar a serviço desse ideário, que constitui objetivo primaz da República, como se encontra em tintas fortes no preâmbulo e nos primeiros dispositivos da Constituição Federal de 1988.

O Direito Constitucional é fruto de uma constante trajetória histórica, desenvolvendo-se, sobremaneira, de acordo com a evolução do conceito de Estado.

Traduz-se o texto constitucional em verdadeira Carta Política e Jurídica de direitos conquistados pela humanidade.

Revela, portanto, um intenso compromisso com os direitos humanos, não refletindo pura e simplesmente as circunstâncias momentâneas de poder, mas sobretudo os valores do ser humano.

Os valores consagrados universalmente em determinada Carta Magna, ditos fundamentais internamente e humanos no plano internacional, muitas vezes podem até mesmo se sobrepor à soberania de um Estado.

Sobre o tema, discorre Daniel Sarmento que:

> (...) Elaborada por uma Assembleia Constituinte livre e democrática, marcada pela ampla participação de uma sociedade civil altamente mobilizada, a Constituição de 88 foi, não sem razão, apelidada por um dos seus principais artífices de "Constituição Cidadã".
> E, de fato, no seu lado mais virtuoso, a Constituição revela um profundo compromisso com os direitos humanos, em plena sintonia com os tratados e declarações internacionais existentes nesta área. Ela contém o que talvez seja o mais amplo elenco de direitos fundamentais do constitucionalismo mundial, composto não só por liberdades civis clássicas, como também por direitos econômicos e sociais, incorporando, ainda, direitos de 3ª geração – como o meio ambiente e a proteção à cultura.
> Por outro lado, o constituinte não quis fazer dos direitos meras proclamações retóricas despidas de significado prático. Pelo contrário, ele se preocupou com a efetivação dos direitos fundamentais, afirmando por isso a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF). Reforçou, neste sentido, os mecanismos de tutela de direitos instituindo novos remédios constitucionais e ampliando os já existentes. E fortaleceu institucionalmente o Poder Judiciário, tido como guardião dos direitos, ao robustecer a sua independência em face dos poderes políticos.[1]

Como se percebe, é fato a importância vital da preservação dos direitos consagrados constitucionalmente, fundamentais por natureza e, por tal razão, imperativos, universais e cogentes, sendo imperioso que o sistema jurídico seja dotado de mecanismos de atuação prática

para fins de implementação efetiva de tais direitos consagrados, a fim de conferir a máxima efetividade tão almejada.

E, como já se disse anteriormente, faz-se necessária uma releitura do Direito em toda a sua plenitude, quero dizer, em todos os seus ramos, redefinindo as categorias jurídicas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, conferindo-se, assim, uma nova compreensão do Direito pelos seus operadores.

Com prioridade, Luís Roberto Barroso ensina que:

> A verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.[2]

Verifica-se, portanto, que em razão da imperatividade das normas constitucionais e a real necessidade de implementação dos direitos fundamentais nela consagrados, foram criados mecanismos para garantir-lhe uma máxima efetividade, em especial para o Poder Judiciário, fato que acarretou a expansão da jurisdição constitucional.

Enfim, variadas são as transformações em matéria de controle de constitucionalidade, principalmente com relação aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

A nossa Corte constitucional detém o dever de guarda da nossa Constituição Federal, dotada de força normativa e supremacia.

É imprescindível que o controle de constitucionalidade seja um instrumento eficaz no combate ao vício de inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais, preservando-se com isso o equilíbrio do ordenamento jurídico brasileiro.

Não se justifica mais o apego à forma, aos ideais de outrora.

O Poder Judiciário está migrando para um modelo de eficiência e celeridade processuais, e não pode mais se resumir tão-somente à legalidade.

Os juízes hoje devem pautar as suas decisões em fundamento constitucional, tendo em vista sempre a dignidade da pessoa humana e os princípios explícitos e implícitos que dela derivam.

Há um verdadeiro processo de filtragem constitucional, obtido através da supremacia e da força normativa da Constituição.

Ademais, deve sempre ser averiguada a dupla compatibilidade vertical, ou seja, a lei deve ser compatível não só com a Constituição Federal, mas também com o direito internacional.

A era é a da globalização e da democracia material.

Não basta a democracia formal, da maioria. Não basta a maioria aprovar a lei para que seja válida.

Antigamente, bastava a aprovação da maioria para que a lei fosse válida e esta situação perdurava até que outra lei a revogasse.

Hoje, uma lei vigente só é válida se compatível com os ditames da Constituição Federal e do direito internacional.

Daí a importância de serem preservados os princípios previstos na Constituição Federal e que seja realizado um efetivo controle de validade das normas infraconstitucionais, a fim de serem preservadas as normas que detém supremacia.

Diante de tal necessidade, caminha bem o Brasil em direção a um controle mais efetivo, mais dinâmico e eficaz.

A tendência é a aproximação do modelo norte-americano, em que se tem a presença do *stare decisis*.

O STF, como guardião da Constituição Federal, tem um papel de suma relevância nesta tarefa evolutiva.

Através da mutação constitucional e outros mecanismos, o controle de constitucionalidade hoje no Brasil tem uma nova feição, muito diferente, a título de exemplo, daquela existente durante a vigência da Constituição de 1934.

Mecanismos de jurisdição constitucional são fortalecidos nesta trajetória evolutiva, buscando-se a interpretação conforme os ditames da justiça do caso concreto.

4. JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Envolve a interpretação constitucional um plexo de atividades direcionadas a conduzir o Direito às relações políticas, regrando a divisão e o desempenho do exercício do poder, assim como fazendo valer a obediência aos direitos de cidadania.

A tarefa não é de fácil solução; no entanto, como expressão da vontade superior do povo, deve se impor, já que promulgada a Constituição, a soberania popular se transmuda em supremacia constitucional.

É bem verdade que a efetivação de determinados direitos caros à civilização, como os direitos sociais, não depende apenas da vontade dos juristas, estando ligada a fatores de ordem material apartados da normatividade jurídica, e, logo, insusceptíveis de se transformarem em realizações por obra da interpretação constitucional.

A implementação de determinadas promessas constitucionais está condicionada, por exemplo, a fatores de natureza material, como a disponibilidade de recursos e o desenvolvimento econômico; afinal de contas, é exato dizer que palavras não fazem coisas.

Assim o ressalta Inocêncio Mártires Coelho:

> Nesse contexto, torna-se extremamente complexa, para não dizer penosa, a interpretação/aplicação de normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, na medida em que, de um lado, os seus operadores, independentemente de sentimentos de ordem pessoal, são obrigados a emprestar-lhes a máxima efetividade – afinal de contas, esse é um dos princípios da interpretação especificamente constitucional – e, de outro, devem observar, também, outros cânones hermenêuticos de igual hierarquia, como os princípios da unidade da Constituição, da correção funcional e da proporcionalidade ou da razoabilidade, a cuja luz, sucessivamente, não podem interpretar a Lei Maior em 'fatias', desrespeitar o seu modelo

> de separação dos Poderes e, tampouco, proferir decisões segundo particulares concepções de justiça – por mais respeitáveis que sejam -, de todo incompatíveis com a ordem plasmada na Constituição. Neste, como em muitos outros domínios, enganam-se os que acreditam – juristas e filósofos – que é possível fazerem-se coisas com palavras. (Curso de direito constitucional, Saraiva, pág. 762).

Em paralelo a isso, tem-se debatido, em sede de interpretação constitucional, até que ponto as decisões judiciais podem avançar sem provocar tensões com os outros poderes, em vista do princípio da separação de poderes.

Nesse tom, o que se passou a denominar ativismo judicial equivale a uma mais ampla participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.

Em oposto, tem-se a autocontenção judicial, mediante a qual o Judiciário reduz ao mínimo a sua interferência nas ações dos outros Poderes.

Mediante o chamado ativismo judicial, o intérprete da Constituição procura extrair o máximo de potencialidades do Poder Público em prol da sociedade, em busca de uma efetiva realização da justiça, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito.

É importante destacar que ativistas e não ativistas ratificam a denominada supremacia judicial, reconhecendo a função precípua do Poder Judiciário em relação ao proferimento da última palavra acerca da interpretação e das leis.

As políticas públicas foram, gradativamente, convertidas em direitos fundamentais a fim de serem exigidas coercitivamente e, com isso, o juiz passou a atuar politicamente visando implementar os programas de "bem-estar".

Hodiernamente, a legislação formulada com base em conceitos jurídicos abertos e indeterminados ampliou sobremaneira a discricionariedade do Poder Judiciário e consolidou a existência de dois fenômenos, quais sejam, a politização do direito e a judicialização da política.

Quando o direito assume para si uma função política, haverá a politização do direito.

Por sua vez, quando a política delega competências decisórias para os tribunais, verifica-se a judicialização da política.

A questão consiste em dirimir acerca da possibilidade de exercício da função política pelo direito, bem como sobre a aptidão de sua estrutura para o desempenho deste papel.

É certo que o direito deve assegurar expectativas quando frustradas diante da realidade fática.

Fábio Konder Comparato, ao discorrer sobre a possibilidade da revisão de políticas pelo Poder Judiciário, ensina que:

> É irrecusável, em primeiro lugar, reconhecer que o juízo de inconstitucionalidade atingiria todas as leis e atos normativos executórios envolvidos no programa de ação governamental. Não se pode, porém, deixar de produzir-se tão só *ex nunc*, ou seja, com preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, pois de outra sorte poder-se-ia instituir o caos na Administração Pública e nos negócios privados.
>
> Seria desejável, em segundo lugar, que a demanda judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas pudesse ter, além do óbvio efeito desconstitutivo (*ex nunc*, como assinalado), também uma natureza injuntiva ou mandamental. Assim, antes mesmo de se realizar em pleno um programa de atividades governamentais contrário à Constituição, seria de manifesta utilidade pública que ao Judiciário fosse reconhecida competência para impedir, preventivamente, a realização dessa política. (…)
>
> Tendo em vista a estrutura tradicional das Constituições Brasileiras, a introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas em nosso direito exige, indubitavelmente, uma reforma constitucional que precise a forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária.[3]

Em tal contexto, surge a necessidade de Reforma do Judiciário Brasileiro a fim de conferir maior eficiência às decisões judiciais, entendida como tal a atribuição da Justiça do caso concreto a partir de uma interpretação constitucional.

O Supremo Tribunal Federal bem tem atinado para essa perspectiva, em diversos julgados, dos quais podem ser citadas as seguintes ementas:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito,

à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família

como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de

uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO

DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.
(ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.

(RE 417408 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012).

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA

HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO "JURA NOVIT CURIA" - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na

educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. -Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e

configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei

Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis

> de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência.
>
> (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Sem embargo da questão da implementação dos direitos fundamentais, a questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e a matéria a ser submetida ao processo político majoritário.

É certo que a Constituição protege direitos fundamentais adotando modelos de políticas públicas aptas a implementá-los. Porém, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e opções políticas aos Poderes Executivo e Legislativo.

A ponderação entre as duas vertentes apontadas deve ser dirimida mediante critérios que resguardem o processo democrático e promovam na medida certa os valores constitucionais.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso salienta que:

> O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional. No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tronam a tarefa complexa. (pág. 390 e 391).

A questão realmente consiste em delimitar os critérios indispensáveis para que a função judicante institucional, estruturante e purificadora do sistema jurídico, não extrapole o razoável e preserve o equilíbrio da atividade jurisdicional assim reconhecida.

Luís Roberto Barroso ressalta a existência de consequências negativas quando do exercício exacerbado da constitucionalização do Direito, apontando como tais as de natureza política, as quais esvaziam o poder das maiorias, pelo engessamento da legislação ordinária; e as de natureza metodológica, as quais redundam no decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais (pág. 391).

Salienta ainda que:

> (…) é indispensável que juízes e tribunais

> adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

E fornece soluções:

> Em meio a múltiplos esforços para coibir as duas disfunções referidas acima, destacam-se dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes em geral:
> a) preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;
> b) preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

E conclui que:

> A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado Democrático

> de Direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobreporem ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei concretiza os princípios da separação dos Poderes, da segurança jurídica e da isonomia.
> Regras têm preferência sobre princípios, desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm uma área nuclear que se aplica como regra; regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandado definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não-realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial. (pág. 392-394)

5. CONCLUSÃO

De tudo o que se disse, pode-se resumir que é fato a importância vital da preservação dos direitos consagrados constitucionalmente, fundamentais por natureza e, por tal razão, imperativos, universais e cogentes, sendo imperioso que o sistema jurídico seja dotado de

mecanismos de atuação prática para fins de implementação efetiva de tais direitos consagrados, a fim de conferir a máxima efetividade tão almejada.

E, como já se disse anteriormente, faz-se necessária uma releitura do Direito em toda a sua plenitude, quero dizer, em todos os seus ramos, redefinindo as categorias jurídicas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial, conferindo-se, assim, uma nova compreensão do Direito pelos seus operadores.

Verifica-se, portanto, que em razão da imperatividade das normas constitucionais e a real necessidade de implementação dos direitos fundamentais nela consagrados, foram criados mecanismos para garantir-lhe uma máxima efetividade, em especial para o Poder Judiciário, fato que acarretou a expansão da jurisdição constitucional.

Neste contexto, é que surge a Justiça como **valor**, **princípio** e **ideal** imprescindível e elemento de fundamental importância quando das interpretações constitucionais, constituindo-se em objetivo precípuo e condição *sine qua non* quando da realização dos direitos fundamentais consagrados na Lei Maior.

A Justiça da decisão deve ser verificada a partir de cada caso concreto em especial e deve ser considerada como um fim perseguido por toda forma de interpretação, sobretudo a constitucional, já que nesta Carta são consagrados os direitos mais caros para a sociedade.

As decisões judiciais devem estar em consonância com a realidade fática da sociedade e atender aos princípios e regras constantes na Constituição Federal.

Cada sentença, já dizia Zaffaroni, em sua obra Poder Judiciário "é um serviço que se presta aos cidadãos, mas também é um ato de poder e, portanto, um ato de governo, que cumpre importante função de prover a paz interior mediante a decisão judicial dos conflitos. A participação judicial no governo não é um acidente, mas é da essência da função judiciária: falar de um poder do Estado que não seja político é um contrassenso".

Com efeito, sem se considerar como corpo fora da sociedade ou predestinado tutor dos destinos dela, mas por ela habilitado, através da Constituição, para ser seu servidor, o Judiciário precisa assumir essa

tarefa, na condição específica de um dos três poderes do Estado.

O Judiciário, portanto, nos tempos atuais, não pode se restringir a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos.

Sem pretender um "governo de juízes", observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição da autêntico poder, cumprindo estas tarefas ao modo especificado.

Para que possa o socorro judiciário prevalecer contra os abusos do poder, preciso é que o juiz se possa opor ao poder em seu abuso. Isto é, seja, por sua vez, poder.

Enfim, a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal deve ser feita de acordo com a realidade social, com muito equilíbrio, sem ilusões e, por fim, como bem acentuou Luís Roberto Barroso, deve-se ter, acima de tudo, valores, determinação, um pouco de senso de humor e, sobretudo, humildade.

Diante deste novo contexto, magistrados devem assumir o compromisso de perseguir sempre o ideal de Justiça, acreditando serem peças fundamentais do sistema jurídico.

Como instrumentos de pacificação social, devem sobremaneira buscar garantir os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, a fim de contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional em nosso país.

O ideal de Justiça deve ser perseguido pelo Poder Judiciário, o qual deve sempre estar atento às realidades sociais e aos valores contidos em nossa Constituição Federal, constituindo-se a jurisdição em verdadeiro instrumento de implementação dos direitos fundamentais.

THE JURISDICTION AS IMPLEMENTATION TOOL OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: The ideal of justice must be pursued by the judiciary, which should always be aware of social realities and values contained in our Constitution, becoming the jurisdiction in true instrument of implementation of fundamental rights. To this aim, judges must

make a commitment to always pursue the ideal of justice, believing they are fundamental parts of the legal system as instruments of social pacification, aiming precipuamente guaranteed constitutionally guaranteed fundamental rights in order to contribute to improving the delivery court in our country.

KEYWORDS: Constitutional Law. Constitutionalisation Law. Fundamental Rights and Guarantees. Judicial Activism. Justice. Judicial Review.

Notas

[1] SARMENTO, Daniel e Cláudio Pereira de Souza Neto. *A constitucionalização do Direito* – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2006, pág. 123.
[2] BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas* – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
[3] COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas", in: C. A. Bandeira de Mello (org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, p. 357.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo/Luís Roberto Barroso - São Paulo: Saraiva, 2009.
NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais* – A jurisprudência e a criação de direito para além da lei: Florianópolis : Ed. da UFSC, 1988.
COMPARATO, Fábio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas", in: C. A. Bandeira de Mello (org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*.
BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* / Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, - 8.ª Reimpressão.
KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado* / Hans Kelsen ; tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed., - São Paulo: Martins Fontes, 1998.
MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal* / Paulo Roberto Soares Mendonça. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo (diretor). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora , Número 5 janeiro/junho de 2005.
TEIXEIRA, António Braz. *Sentido e Valor do Direito* - Introdução à Filosofia Jurídica. Lisboa:Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.
CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991