

CLÁUDIA TOLEDO
Coordenadora

ATUAL JUDICIÁRIO
ATIVISMO OU ATITUDE

Belo Horizonte

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

2022

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
 Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
 Alexandre Coutinho Pagliarini
 André Ramos Tavares
 Carlos Mário da Silva Velloso
 Cármen Lúcia Antunes Rocha
 Cesar Augusto Guimarães Pereira
 Clovis Beznos
 Cristiana Fortini
 Dinorá Adelaide Mussetti Grotti
 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam)
 Egon Bockmann Moreira
 Emerson Gabardo
 Fabrício Motta
 Fernando Rossi
 Flávio Henrique Unes Pereira

Fioniano de Azevedo Marques Neto
 Gustavo Justino de Oliveira
 Inês Virgínia Prado Soares
 Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
 Juarez Freitas
 Luciano Ferraz
 Lúcio Delfino
 Marcia Carla Pereira Ribeiro
 Márcio Camunerosano
 Marcos Ehrhardt Jr.
 Maria Sylvia Zanella Di Pietro
 Ney José de Freitas
 Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
 Paulo Modesto
 Romeu Felipe Bacellar Filho
 Sérgio Guerra
 Walber de Moura Agra

FÓRUM
 CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
 Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
 Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
 Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
 www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

AT886 Anual judiciário: ativismo ou atitude / Cláudia Toledo (coord.) – Belo Horizonte : Fórum, 2022.
 510 p.; 14,5 x 21,5cm
 ISBN: 978-65-5518-270-5

1. Direito Constitucional. 2. Direito Público. 3. Teoria do Direito. I. Toledo, Cláudia. II. Título.

CDD 341.2
 CDU 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TOLEDO, Cláudia (coord.). *Anual judiciário: ativismo ou atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 510 p. ISBN 978-65-5518-270-5.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO
 Cláudia Toledo..... 17

(NEO)CONSTITUCIONALISMO(S) E ATIVISMO
 JUDICIAL: DAS INCERTEZAS CONCEITUAIS À
 FRAGILIDADE PARA A DEMOCRACIA(?)
 Saulo Tarso Rodrigues, Núria Belloso Martín..... 33

1 Uma abordagem plural de um fenômeno amplo: por que
 neoconstitucionalismos?..... 34

2 A jurisprudencialização da Constituição como ato
 democrático? 43

3 A judicialização da política 46

4 O Poder Judiciário é a última instância da interpretação
 constitucional? 52

Referências 60

ARGUMENTAÇÃO REPRESENTATIVA, JUSTIÇA
 ELEITORAL E DEMOCRACIA DELIBERATIVA:
 SOBRE A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA
 JUSTIÇA ELEITORAL
 Alejandro Nava Tovar..... 67

I Introdução 67

I A argumentação e democracia deliberativa..... 69

II Justiça eleitoral como representação argumentativa 72

III A dupla dimensão da justiça eleitoral..... 77

IV Sobre o ativismo judicial eleitoral..... 79

Conclusões 80

Referências 82

DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Jan-R. Sieckmann.....	85
Introdução.....	85
I A concepção de controle judicial de constitucionalidade de Alexy	88
1 A tese da representação argumentativa.....	89
2 A teoria das margens de decisão.....	91
3 A concepção dos princípios formais e a “segunda lei de ponderação”	93
II O problema dos princípios formais.....	95
1 Um exemplo: a decisão da proibição de fumar	95
2 O conceito dos princípios formais	98
3 O conteúdo dos princípios formais	99
4 A construção da ponderação de princípios formais.....	101
III A delimitação das competências para ponderar	104
1 O critério da objetividade	104
2 Legitimação procedimental.....	106
3 Proteção de direitos fundamentais	107
3.1 Intensidade de interferência e de controle.....	108
3.2 Níveis de controle	109
3.3 Legitimidade de controlar.....	110
IV Conclusão.....	113

A IDEIA DE PRINCÍPIOS FORMAIS – A PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Martin Borowski.....	115
A) Introdução	115
I A proliferação da proporcionalidade.....	115
II Uma caracterização da proporcionalidade	117
1 O critério de proporcionalidade.....	117
2 A proporcionalidade como um critério substancial.....	118

3 Liberdade, obrigações positivas e igualdade.....	119
III Objeções à análise de proporcionalidade	119
B) A “objeção democrática” à proporcionalidade no controle de constitucionalidade.....	123
I A “objeção democrática” ao controle de constitucionalidade.....	124
II O compromisso entre democracia e controle de constitucionalidade sem discricionariedade.....	125
C) A reconstrução da máxima da proporcionalidade por meio da teoria dos princípios	126
I A teoria dos princípios.....	126
1 Princípios.....	126
2 Regras.....	127
II Análise de proporcionalidade e teoria dos princípios	127
D) Princípios materiais e formais	128
I Princípios materiais	128
II Princípios formais.....	129
1 Princípios formais em busca de princípios	130
2 Críticas	131
E) Um princípio formal na ponderação de princípios materiais	131
I A competência para criar um objetivo a ser otimizado	131
II A decisão autoritativa de ponderar princípios materiais como o objetivo do princípio formal a ser otimizado	132
III Três cenários	132
IV Os fatores para o peso do princípio formal.....	133
1 Peso abstrato	133
2 A intensidade da interferência.....	134
3 Certeza epistêmica.....	134
4 Características do peso de princípios formais e fatores genéricos.....	135
F) Conclusão.....	135

LEVANDO OS DIREITOS MENOS A
SÉRIO – UMA ANÁLISE ESTRUTURAL DA
DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Matthias Klatt	137
I Introdução	137
1 Discrecionalidade no Direito	137
2 Discrecionalidade como um conceito relativo	138
3 Importância e relevância	138
4 Pesquisa	139
II O debate entre Hart e Dworkin	139
1 Hart e a discrecionalidade	140
2 Dworkin e a discrecionalidade	141
III Virtudes e fraquezas	143
1 A visão de Dworkin	143
2 A visão de Hart	147
3 A necessidade de uma visão moderada	148
IV Um quadro completo da discrecionalidade judicial	148
1 O conceito de discrecionalidade judicial	151
a) Discrecionalidade estrutural e epistêmica	151
b) Discrecionalidade como competência	153
c) O modelo de sopesamento da discrecionalidade	154
2 Discrecionalidade e interpretação jurídica	156
3 Discrecionalidade e criação judicial do direito	157
4 Os limites da discrecionalidade judicial	159
a) Por que limites importam	159
b) Os limites da discrecionalidade estrutural	159
c) Os limites da discrecionalidade epistêmica	160
5 A relação entre a discrecionalidade estrutural e a epistêmica	161
a) O problema da discrecionalidade normativa epistêmica	162
b) Uma defesa da possibilidade de separação	162
V Conclusão	164
Referências	166

SOBRE “CASOS” E PONDERAÇÃO. OS MODELOS
DE ALEXY E MORESO: MAIS SIMILITUDES DO QUE
DIFERENÇAS?

Laura Clérico	169
I O lugar dos “casos” na teoria de Alexy: rumo a uma periodização?	171
a) Os “casos” na <i>Teoria da Argumentação Jurídica</i>	171
b) Os “casos” na <i>Teoria dos Direitos Fundamentais</i> : o modelo da ponderação	173
II Os casos na rede de regras-resultados das ponderações jusfundamentais: a necessidade de abertura	185
III O modelo de Moreso	190
IV Considerações finais	198

JUIZES PRAGMÁTICOS SÃO NECESSARIAMENTE
JUIZES ATIVISTAS?

Fernando Leal	201
1 Introdução	201
2 Pragmatismo jurídico como instrumentalismo judicial?	203
2.1 A rejeição ao pragmatismo como um tipo de instrumentalismo	203
2.2 Pragmatismo jurídico: um monstro de várias cabeças	209
3 Ativismo judicial e suas facetas	214
4 Peças para uma justificação pragmática para a autocontenção judicial	221
5 Conclusão	226
Referências	227

JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS E ORDENS
CONSTITUCIONAIS

Gertrude Lübbe-Wolff	231
I Direitos fundamentais sociais e ordens constitucionais no direito alemão	231

II	A justiciabilidade limitada de direitos fundamentais sociais e das ordens constitucionais.....	238
1	O limite do faticamente possível.....	238
2	O limite da competência judicial.....	239
3	O limite do poder de executoriedade judicial.....	242
III	Possíveis funções dos direitos fundamentais sociais e das ordens constitucionais no sistema jurídico	245
1	Assunção pelo Judiciário de funções ativas de ação.....	245
a)	Ultrapassando os limites	245
b)	Passagens de fronteira – O problema de traçar os limites corretos, conforme o exemplo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre proteção à família	247
2	Procedimentalização	259
3	Interpretação da Constituição e interpretação do direito ordinário	264
4	Justificação de interferências em direitos fundamentais.....	266
5	“Refinamento” constitucional do direito ordinário.....	269
a)	Proteção de aplicação de normas.....	269
b)	Proteção de existência de normas	270
IV	Conclusão.....	274

ATIVISMO JUDICIAL E O DIA SEGUINTE. PROMOÇÃO REAL DOS DIREITOS? OUTRA PERSPECTIVA A CONSIDERAR

	Ana Paula de Barcellos.....	275
1	Introdução	275
3	Decisões judiciais e a promoção real de direitos. O dia seguinte.....	278
3	Ativismo judicial, direitos e os Poderes estatais.....	287

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À BRASILEIRA: SITUAÇÃO E LIMITES

	João Maurício Adeodato.....	293
1	Para situar a jurisdição constitucional.....	293
2	Complexidade jurídica e dissociação entre texto e norma	297
3	Importância crescente da cúpula do Judiciário	302
4	Problema: entre a reificação e o casuismo	305

ATIVISMO JUDICIAL E CONSTRUÇÃO DO DIREITO CIVIL: ENTRE DOGMÁTICA E PRÁXIS

	Gustavo Tepedino.....	313
I	Introdução	313
II	Realidade social e fenômeno jurídico na complexidade do ordenamento	315
III	Dificuldades entre a teoria e a prática. Os sete pecados capitais: a preguiça	320
IV	Os demais pecados capitais: o orgulho; a ganância; a inveja; a avareza; a gula; a luxúria	328
V	Notas conclusivas	337

O DIREITO A PRODUZIR DIREITOS: UMA PROPOSTA PARA A COMPREENSÃO DOS CONFLITOS ENTRE CIDADANIA E CONSTITUIÇÃO

	Marco Aurélio Lagreca Casamasso, Waleska Marcy Rosa.....	339
	Introdução.....	339
1	Cidadania e Constituição: uma relação conflituosa	340
2	Cidadania: o direito a produzir direitos	343

3	Produção de direitos sociais pelo Poder Judiciário no Brasil: o Supremo Tribunal Federal – 2010 a 2015	350
	Conclusão	359
	Referências	359

ATIVISMO JUDICIAL NO CIVIL LAW: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS EM ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E ALEMANHA

	Priscila Carvalho de Andrade, Yago Condé Ubaldo de Carvalho	363
1	Introdução	363
2	Controle de constitucionalidade em perspectiva comparada	365
2.1	O controle abstrato e concentrado de normas	365
2.2	O controle concreto de normas	367
2.2.1	Brasil	367
2.2.1.1	O controle concreto de normas exercido pelo STF	367
2.2.1.2	O controle difuso de normas	369
2.2.2	Alemanha	370
2.2.2.1	O controle de constitucionalidade pela via da <i>Verfassungsbewehrde</i>	370
2.2.2.2	O <i>konkrete Normenkontrolle</i>	371
2.2.2.3	A efetividade das decisões e o controle da sua execução	375
3	As tradições jurídicas na interação entre o Judiciário e demais poderes	376
4	Conclusão	381
	Referências	381

ATIVISMO JUDICIAL VS. CONTROLE JUDICIAL – UM ESTUDO A PARTIR DA ANÁLISE ARGUMENTATIVA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DA ARGENTINA, MÉXICO E ALEMANHA

	Cláudia Toledo	385
1	Introdução	385
2	Ativismo judicial – Conceito	387
3	Ativismo judicial – Critérios de identificação	388
4	A taxonomia argumentativa como critério objetivo	391
5	Questão paradigmática relativa ao ativismo judicial – Direitos fundamentais sociais e o direito ao mínimo existencial	393
6	Pesquisa empírica	395
6.1	Jurisprudência brasileira	397
6.1.1	Jurisprudência constitucional brasileira – Supremo Tribunal Federal (STF)	397
6.1.2	Jurisprudência infraconstitucional brasileira – Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR)	401
6.2	Jurisprudência constitucional argentina – <i>Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina</i> (CSJN)	406
6.3	Jurisprudência constitucional mexicana – <i>Suprema Corte de Justicia de la Nación</i> (SCJN)	408
6.4	Jurisprudência constitucional alemã – <i>Bundesverfassungsgericht</i> (BVerfG)	411
7	Considerações finais sobre a análise jurisprudencial comparativa	415

8	Conclusões	417
	Referências	419

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO
FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO
EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA:
BRASIL, COLÔMBIA E MÉXICO**

	Natascha Alexandrino de Souza Gomes, Paola Durso Angelucci.....	423
	Introdução	423
1	Do direito à educação: Brasil, Colômbia e México	425
1.1	Legislação brasileira	425
1.2	Legislação colombiana	428
1.3	Legislação mexicana	429
2	Justiciabilidade do direito fundamental social à educação: argumentos gerais	431
2.1	Argumento da reserva do possível	433
2.2	A objeção democrática: a interferência do Judiciário no Legislativo.....	436
	Conclusão	437
	Referências	439

**DIREITOS SOCIAIS, MÍNIMO EXISTENCIAL E
O ASSIM CHAMADO "ATIVISMO JUDICIAL" -
UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO**

	Ingo Wolfgang Sarlet	441
1	Considerações iniciais	441
2	Contornos do mínimo existencial como direito e garantia fundamental.....	443
3	O mínimo existencial no âmbito da jurisdição constitucional brasileira e alemã - Algumas notas comparativas.....	459

**PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

	Luciana Gaspar Melquíades Duarte, Víctor Luna Vidal.....	467
1	Introdução	467
2	A teoria dos direitos fundamentais e a racionalidade do discurso	469
3	A separação de poderes no contexto da socialidade do Estado.....	477
4	O direito à saúde em juízo.....	481
5	Conclusões	500
	Referências	502
	Sobre os autores	507

INTRODUÇÃO

Este livro é resultado da busca de resposta a questões como “a crítica de ativismo judicial frequentemente atribuída ao Poder Judiciário brasileiro é adequada?”, “sob quais parâmetros pode-se chegar a essa conclusão?”, “o Poder Judiciário brasileiro é realmente ativista ou tem-se tornado progressivamente mais atuante conforme a democracia se consolida na realidade nacional?”.¹ Enfim, a grande dúvida motivadora da organização deste livro é: como se deve propriamente enquadrar a atuação do Poder Judiciário brasileiro na atualidade – como ativismo ou atitude?

A forma de solucionar essa questão com o devido nível de aprofundamento científico e consistência argumentativa somente poderia ser a reunião, em uma única obra, do posicionamento de autores brasileiros e estrangeiros que se dedicam à investigação da matéria e são capazes, por isso, de fornecer importantes contribuições à análise e esclarecimento do tema. Nesse sentido, colaboram todos os textos, que foram articulados segundo a amplitude do seu enfoque e abordagem do tópico *ativismo judicial* e as diversas questões que o envolvem, desde o neoconstitucionalismo e a democracia deliberativa, passando pelo controle de constitucionalidade, a discricionariedade judicial, o pragmatismo, a proporcionalidade e a ponderação, até chegar ao tratamento de tópicos mais específicos como a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e o controle judicial relacionado aos direitos ao mínimo existencial, à saúde, à educação.

Desse modo, o capítulo (Neo)constitucionalismo(s) e **ativismo judicial: das incertezas conceituais à fragilidade para a democracia(?)** abre o livro, destacando o amplo conteúdo axiológico que marca crescentemente as Constituições dos Estados

¹ O estudo da temática foi realizado no projeto de pesquisa de demanda universal *Atual Judiciário – Ativismo ou Atitude: judicialização da política e politização do judiciário*, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG).

Democráticos de Direito, com a presença cada vez mais destacada de princípios, que, como normas constitucionais, são vinculantes e requerem densa argumentação na sua fundamentação, de forma a conferir sentido às suas cláusulas abertas. Ressalta-se que a progressiva judicialização de diversas matérias até então tradicionalmente debatidas apenas pelos Poderes Políticos faz com que se questione a adequação da atribuição da última palavra ao Judiciário – que não goza de legitimidade democrática, mas desempenha papel contramajoritário. As considerações trazidas levam inequivocamente à reflexão acerca da adequação de se desenvolverem diálogos interinstitucionais para a tomada de decisões fundadas no debate, promovendo-se a igual liberdade participativa.

Em seguida, no capítulo **Argumentação representativa, Justiça Eleitoral e democracia deliberativa: sobre a legitimidade constitucional da Justiça Eleitoral**, debate-se o papel da Justiça Eleitoral enquanto espaço de representação argumentativa. A participação dos cidadãos no intercâmbio livre e racional de argumentos configura a democracia deliberativa, cuja garantia se dá pela Justiça Eleitoral, a qual, por seu turno, levanta a pretensão de imparcialidade como característica distintiva. A argumentação jurídica desenvolvida pelos juízes é o que deve fundamentar a validade dos processos eleitorais, devendo manter-se isenta das preferências político-ideológicas do intérprete, sob pena de ativismo judicial e decisionismo jurídico-político. Essa dimensão argumentativa é o que permite conectar a argumentação jurídica e a justiça eleitoral com a defesa da democracia. A argumentação dos juízes em matéria eleitoral apresenta-se, então, como forma de representação argumentativa, baseada em concepção deliberativa de democracia. Desse modo, a representação argumentativa da Justiça Eleitoral constitui garantia da democracia, mantendo-se o desacordo institucional dentro dos limites da racionalidade prática.

No capítulo **Direitos fundamentais, democracia e controle de constitucionalidade**, é abordada a questão da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade e sua relação com os princípios da democracia e da separação dos poderes. Expõe-se que a consideração das normas de direitos fundamentais como principiológicas ampliou sensivelmente a proteção jusfundamental,

porquanto sendo os princípios jusfundamentais passíveis de restrição em atenção aos objetivos constitucionalmente dispostos, todos os interesses individuais dignos de tutela podem acabar incluídos no seu âmbito de proteção. Do alargamento do âmbito de proteção jusfundamental, segue-se a expansão da competência decisória dos tribunais em detrimento da competência dos Poderes Políticos, dotados de legitimidade democrática. Explica-se, então, que a legitimidade da ponderação de princípios constitucionais depende de sua racionalidade – quanto mais racional é a argumentação, mais legítima é a ponderação de princípios constitucionais pelo Poder Judiciário. Entretanto, a racionalidade da ponderação não é uma questão de tudo ou nada. Embora não seja um método completamente subjetivo, ela não é um método perfeitamente objetivo que conduza a uma única resposta correta. Por isso, não há uma resposta óbvia para a pergunta sobre a legitimidade da ponderação no controle judicial de constitucionalidade das leis. A compatibilização dos princípios formais da democracia e da separação dos poderes desempenha relevante papel na definição da legitimidade e dos limites do controle judicial de constitucionalidade das leis. Para isso, tanto os Poderes Políticos quanto o Poder Judiciário devem ponderar e realizar os direitos fundamentais de maneira ótima, isto é, no maior grau possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. A delimitação das competências dos Poderes Judiciário e Legislativo requer, assim, a definição de critérios para determinar quando é legítimo que os tribunais declarem inconstitucional uma decisão do legislador, com base na ponderação dos direitos fundamentais. Em sede de conclusão, buscam-se, então, tais critérios, como a legitimidade procedimental, a intensidade do grau de interferência nas competências de cada Poder, os níveis de controle e a legitimidade para controlar.

Segue-se na análise do controle de constitucionalidade no capítulo **A ideia de princípios formais – a proporcionalidade no controle de constitucionalidade**, expondo-se a função que a máxima da proporcionalidade desempenha nesse contexto, o qual envolve colisão de princípios tanto materiais quanto formais. O texto apresenta a “objeção democrática” feita à utilização daquela máxima no controle de constitucionalidade; passa à explicação dos princípios materiais e formais dentro da teoria dos princípios;

chegando, ao final, à ponderação conjunta de princípios materiais e formais, com a definição da intensidade da interferência dos princípios entre si, bem como do grau de certeza epistêmica envolvido na colisão principiológica. Defende-se a ponderação conjunta de princípios materiais e formais, a despeito da dificuldade de sua comensurabilidade, mediante a afirmação de que essa se trata de uma diferença apenas de grau e não uma diferença categórica entre tais princípios. Com isso, refuta-se a objeção democrática à proporcionalidade no controle de constitucionalidade, porquanto os requisitos da democracia são considerados no processo de ponderação dos princípios formais envolvidos.

Em *Levando os direitos menos a sério - uma análise estrutural da discricionariedade judicial*, atenção é dada à delimitação da margem de competência do Poder Judiciário, com a investigação do conceito de discricionariedade judicial e o apontamento de critérios para a definição tanto do poder de criação normativa pelos juízes, quanto os limites dessa competência. Para isso, retomam-se e analisam-se criticamente as posições antagônicas de Dworkin e Hart sobre a temática, concluindo-se que a imagem completa da discricionariedade judicial encontra-se entre os dois extremos representados pelos referidos autores. Sustenta-se, então, uma "teoria moderada" da discricionariedade judicial, baseada no pensamento de Robert Alexy. O artigo aplica o método de ponderação para a definição da discricionariedade judicial, resgatando elementos da teoria da argumentação jurídica alexyana. A discricionariedade é examinada sob o prisma da interpretação jurídica e da criação judicial do Direito. Faz-se, então, alusão a problemas relativos à discricionariedade normativa epistêmica, defendendo-se a separação entre essa e a discricionariedade estrutural. Conclui-se com a apresentação dos limites da discricionariedade, mediante enfoque na relação entre a discricionariedade estrutural (forte) e epistêmica (fraca), ambas ilustradas com exemplos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Os limites da discricionariedade estrutural são definidos pelas duas linhas do discursivamente impossível e do discursivamente necessário, enquanto os limites da discricionariedade epistêmica dependem do peso dos princípios materiais colidentes.

Adiante, no capítulo *Sobre "casos" e ponderação. Os modelos de Alexy e Moreso: mais similitudes do que diferenças?*, procede-se à análise do processo de *ponderação*, proposto por Robert Alexy como integrante da máxima da proporcionalidade (noção que se internacionalizou na doutrina e jurisprudência de diversos países no mundo), contrapondo-o ao modelo sugerido pelo jurista espanhol Josep Joan Moreso para a aplicação da norma jurídica. Moreso refuta criticamente a ponderação como concepção "particularista", exclusivamente determinada pelo caso concreto, o que afronta a previsibilidade do Direito e propõe a analogia ou *comparação* como operação jurídica de aplicação do Direito, ao lado da *subsunção*. A analogia se aplicaria aos "casos paradigmáticos" (nos termos de Moreso), isto é, aos precedentes (na terminologia de Alexy). Precedentes, na doutrina alexyana, são argumentos institucionais vinculantes do discurso jurídico utilizados para satisfação dos princípios da universalidade e da isonomia. Ocorre que as *regras-resultado da ponderação principiológica* formam precedentes e, portanto, os "casos paradigmáticos", destacados por Moreso, integram o pensamento alexyano. Porquanto casos são decididos com base em precedentes, neles, segundo o pensamento de Moreso, não se realizaria ponderação, mas comparação ou analogia. Com isso, embora o modelo de Moreso pretenda "superar" o de Alexy, na verdade, ele muito mais *enriquece* do que suplanta a ponderação alexyana, porquanto destaca aspectos do emprego de precedentes e da analogia que não haviam sido tão enfatizados pelo jurista alemão - mas que não estão excluídos de sua teoria.

Em seguida, no capítulo *Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas?*, faz-se a análise crítica da aleatoriedade da criação de diversas expressões no discurso jurídico contemporâneo e da falta de rigor terminológico-conceitual na sua utilização, o que leva a associações que distorcem o seu sentido e afastam seu tratamento científico. Três expressões são, então, destacadas - pragmatismo, instrumentalismo e ativismo - e, de seu exame, resulta a conclusão de inexistência de vinculação intrínseca entre elas, a despeito de suas possíveis conexões. Responde-se, então, negativamente à pergunta formulada no título do capítulo, argumentando-se que pragmatismo não se associa necessariamente a ativismo judicial, uma vez que é também possível a justificação

pragmática da autocontenção judicial. Com base em argumentos marcados pela precisão nos seus termos e conexão lógica na sua articulação, demonstra-se que pragmatismo jurídico não é tipo de instrumentalismo judicial. Ademais, destaque é dado à inclinação pragmática no direito brasileiro atual, expondo-se como direcionar esse pragmatismo para um “consequencialismo prudente” e um “anticonceitualismo” que não se desvirtue em “cinismo” ou “sincretismo”, sob pena de efetivamente se chegar a um “ativismo judicial imoderado”.

No capítulo seguinte, **Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e ordens constitucionais**, fundamenta-se, com distintos argumentos marcados por sua tecnicidade e pela farta exemplificação trazida por diversas decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais e das denominadas “ordens constitucionais”, das quais a determinação constitucional da Alemanha como um Estado Social é um dos casos citados. A definição constitucional do país como Estado Social apresenta-se como ordem constitucional, porquanto prescreve a atuação, por todos os poderes do Estado, no sentido da promoção da justiça social e, por conseguinte, da redução da desigualdade social. Inobstante se afirme a justiciabilidade de direitos fundamentais sociais, destacam-se limites que ela enfrenta – limite do faticamente possível, da competência judicial e da executoriedade judicial. É também ressaltada a possibilidade de o Poder Judiciário ultrapassar as margens de sua competência no julgamento desses direitos, ilustrando-se a dificuldade na determinação dos “limites corretos” da prestação jurisdicional mediante referência à jurisprudência constitucional alemã. Finalmente, discorre-se sobre o papel conformador ou densificador desempenhado pela legislação ordinária em relação às normas constitucionais, situação que lhes aperfeiçoa a justiciabilidade.

No capítulo **Ativismo judicial e o dia seguinte. Promoção real dos direitos? Outra perspectiva a considerar**, passa-se à análise do tema *ativismo judicial* especificamente no contexto brasileiro e sua relação com a real promoção dos direitos fundamentais, perquirindo-se se decisões judiciais eventualmente consideradas

ativistas têm sido cumpridas e quais efeitos têm gerado na vida social. Parte-se inicialmente da distinção entre ativismo judicial e judicialização, estabelecendo-se que, para qualificar uma decisão judicial como ativista ou não, é necessário identificar os termos em que a matéria foi normatizada pelo legislador. É destacado que, nas últimas décadas, multiplicaram-se as decisões judiciais no Brasil com o objetivo de promover a realização de direitos fundamentais e muitas dessas decisões são descritas como ativistas, sendo os direitos fundamentais sociais tema paradigmático nessa matéria. A conclusão preliminar a que se chegou em resposta à questão colocada no título do capítulo é a de razoável promoção dos direitos protegidos nos casos em que as decisões judiciais referem-se a bens privados, postulados em demandas individuais. Entretanto, o contrário ocorreria em ações coletivas que envolvem bens públicos, uma vez que as decisões judiciais relativas a tais ações, em sua grande maioria, demoram décadas para serem executadas ou eventualmente nunca o são. Nesses casos, propõe-se, então, a cooperação dos demais Poderes Públicos, instâncias majoritárias responsáveis pelo cumprimento da decisão judicial, situação que requer mobilização social, de modo a que se confira a necessária prioridade ao tema objeto da decisão judicial no debate político. Finalmente, na busca da identificação de uma decisão como ativista ou não são sugeridos parâmetros, destacando-se que essa caracterização envolve, muitas vezes, uma dimensão de grau, isto é, tais decisões apresentam em maior intensidade – e não propriamente com exclusividade – características que podem estar presentes nas decisões judiciais em geral. Não obstante, ativismo judicial é identificado marcadamente com a invasão dos espaços dos demais Poderes pelo Judiciário. Por conseguinte, as principais críticas ao ativismo judicial remetem aos princípios da separação dos poderes e da democracia.

O estudo da realidade pátria segue no capítulo **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites**, no qual se discute o conceito de jurisdição constitucional como conjunto de interpretações, argumentações e decisões apreciadas pelo Judiciário, em questões que envolvem os textos constitucionais. Faz-se a distinção entre norma jurídica e texto normativo, o qual forneceria apenas um ponto de partida para a construção normativa diante do caso.

Expõe-se que a interpretação competente, justa e racionalmente cogente de textos jurídicos, adequada ao seu objeto, é o meio termo entre o casuismo irracionalista (para o qual o texto da norma jurídica ca quase nada significa, abrindo-se a possibilidade de criação livre do direito pelo juiz) e a defesa ingênua de uma verdade jurídica única para aplicação da Constituição diante dos conflitos concretos. Salienta-se que, no contexto do Brasil, um país periférico com graves problemas sociais e infraestruturais, a efetivação de certas normas constitucionais é considerada empiricamente impossível, diante dos recursos governamentais disponíveis, porquanto não se pode transformar o país em um Estado Social e Democrático de Direito unicamente através da promulgação de textos normativos. Nega-se a possibilidade de a concretização da Constituição, por intermédio da jurisdição constitucional, resolver problemas brasileiros de ordem inteiramente distinta, tais como educação, previdência, fome e violência. Refuta-se, então, uma “visão messiânica” da jurisdição constitucional e das competências do Legislativo, afirmando-se o subdesenvolvimento brasileiro como “fenômeno social de raízes muito mais profundas”. Considera-se casuística a estratégia política do Judiciário pátrio, cujas fundamentações têm variado “a ponto de ser difícil seguir um vetor qualquer de racionalidade para unificação da jurisprudência em geral, aí incluída a jurisdição constitucional”. Uma das razões apontadas como eventualmente geradoras dessa situação é o modelo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal, que, semelhante ao europeu, é também conservador, sendo o Tribunal Constitucional brasileiro escolhido pelo Legislativo. Esse fato traz caráter notoriamente político à cúpula do Judiciário, gerando muitas vezes o afastamento das diretrizes constitucionais. Propõe-se, então, que, para ir além do decisionismo judicial, deve-se buscar uma racionalidade tanto funcional quanto substancial, nos moldes do “novo positivismo”, isto é, uma racionalidade não apenas tecnicamente efetiva como também construtora da legitimidade do Estado constitucional e social de direito e da democracia.

No capítulo seguinte, **Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis**, destaca-se o papel atuante do Poder Judiciário brasileiro, especialmente após a Constituição de 1988, no sentido da efetividade das normas constitucionais, notadamente nas relações privadas. Essa atuação judicial

estaria longe de configurar tendência usurpadora da soberania popular, mas, antes, representaria aspecto do constitucionalismo democrático, direcionado à concretização dos valores e fins estipulados no texto constitucional. Ressalta-se, no entanto, a necessidade do estabelecimento de critérios da preservação da segurança jurídica para que essa atuação judicial não se converta em ativismo, com interferência na competência dos demais Poderes. Para tanto, encontra-se o intérprete vinculado à ordem jurídica como um todo, devendo nesse contexto construir soluções para os casos concretos a partir dos princípios constitucionais. Tais princípios são marcados por cláusulas gerais, em virtude da própria incapacidade de a Constituição regular todas as numerosas e multifacetadas situações nas quais o indivíduo se insere. Nota-se crescente solução de controvérsias interprivadas com fundamento em princípios constitucionais nem sempre refletidos na legislação infraconstitucional, cuja aplicação mecânica, no caso concreto, pode levar ao sacrifício de valores constitucionalmente relevantes. Daí a necessária reflexão sobre a denominada *constitucionalização do direito civil*, que se associa à mudança do papel do Código Civil nas relações jurídicas de direito privado. Assevera-se que a constitucionalização do direito civil não se apresenta como o deslocamento topográfico de normas de direito privado para cartas políticas ou tratados internacionais, mas como procedimento metodológico de compreensão do ordenamento em sua complexidade, no âmbito do qual os valores constitucionais se incorporam aos normativos e à própria racionalidade da legislação infraconstitucional. Nesse cenário se insere a experiência brasileira, marcada pelo esforço metodológico nas últimas décadas de construção de hermenêutica comprometida tanto com a efetividade das normas constitucionais na complexidade do ordenamento, quanto vinculada à estrutura institucional da democracia constitucional. Ressalta-se ainda que a tênue linha divisória entre a atuação judicial dentro de sua margem de competência e o excesso, muitas vezes fundado em voluntarismo ideológico, deve ser delimitada mediante o estímulo à fundamentação das decisões, exigindo-se argumentação que permita o amplo e transparente controle social da magistratura e a paulatina construção de padrões de comportamento estáveis na reconstrução da segurança jurídica.

O capítulo O direito a produzir direitos: uma proposta para a compreensão dos conflitos entre cidadania e Constituição, ao mesmo tempo em que faz importantes questionamentos do ponto de vista teórico-abstrato acerca dos temas *direitos fundamentais, cidadania, democracia e norma constitucional*, traz a concreitude do levantamento jurisprudencial sobre a matéria. Nele se discorre sobre a relação entre cidadania e Constituição, com a demonstração de algumas de suas assimetrias e conflitos, uma vez que, a despeito de estabelecer os direitos fundamentais do cidadão, paradoxalmente, a Constituição opera também como mecanismo de contenção e freio em face das reivindicações por ampliação da cidadania. Essa situação é ilustrada com a Constituição brasileira de 1824, a Constituição soviética de 1936 e a Constituição estadunidense de 1789. O texto constitucional brasileiro, embora exhibisse um *bill of rights*, consagrava a exclusão política e social da maioria da população do país, tanto por ignorar os negros como cidadãos, quanto por amesquinhar os direitos das mulheres, dos pobres e dos não católicos. Na Constituição soviética da era stalinista, os direitos fundamentais individuais de liberdade (de expressão, de imprensa, de reunião, de manifestação) foram relativizados, porquanto condicionados aos “interesses do povo trabalhador”, os quais eram, em verdade, aquilo que o governo totalitário entendia como de observância obrigatória. A Constituição estadunidense, inserida no contexto do *common law*, apresenta-se como texto cuja redação original remonta a dois séculos, mas é permanentemente atualizada mediante precedentes da Suprema Corte, os quais, muitas vezes, parecem contrapor o texto constitucional aos direitos e interesses de vários indivíduos, como foi o caso de decisões que ratificaram a escravidão e a segregação racial, a exclusão política da mulher e o preconceito religioso. Para que o Direito se mantenha atual, deve permanecer aberto a alterações que o compatibilizem com a dinamicidade característica da vida social. Por conseguinte, não se deve entender os direitos integrantes da cidadania como concebidos, de modo exaustivo, pelo poder constituinte em um momento histórico. Ao contrário, eles são modificados e enriquecidos por uma concepção de cidadania aberta a inserção de novos direitos. Apresenta-se, então, o conceito de cidadania como o *direito a produzir direitos*. Com base nesse conceito, é analisada a

realidade brasileira, afirmando-se o fortalecimento do papel do Poder Judiciário em relação a demandas por transformação social a partir da redemocratização e em decorrência da vinculatividade que passou, neste milênio, a ser atribuída aos princípios do Estado Democrático de Direito constitucionalmente declarados, fato que gerou crescente judicialização de questões econômicas e sociais. Por fim, devido ao fato de a participação cidadã ocorrer também pelo acesso ao Judiciário, procedeu-se à análise de decisões do Supremo Tribunal Federal, visando a identificar uma eventual criação judicial de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário.

No capítulo **Ativismo judicial no civil law: o controle de constitucionalidade de normas em análise comparada entre Brasil e Alemanha**, realiza-se análise comparativa da realidade brasileira com a realidade alemã tanto do ponto de vista legal e doutrinário, quanto jurisprudencial. Examina-se então a relação entre Judiciário e demais Poderes no Brasil e na Alemanha no tocante ao controle de constitucionalidade. Esse é mecanismo processual cuja utilização pode gerar controvérsias a respeito dos limites do âmbito de competência do Poder Judiciário, que pode eventualmente retirar do ordenamento jurídico, por decisão técnica, o que havia antes sido introduzido, por debate democrático, pelo Poder Legislativo. Para o aprofundamento do estudo comparado, examinam-se os efeitos da utilização de elementos e modelos próprios à tradição jurídica do *common law* no controle de constitucionalidade exercido no Brasil e na Alemanha, países que adotam o sistema jurídico do *civil law*. Procede-se, então, à investigação comparativa do controle de constitucionalidade brasileiro e alemão sob o prisma de sua via abstrata e concentrada e de sua forma concreta e difusa. Após, apresentam-se distorções nas relações entre Poderes Públicos que poderiam ser associadas à incorporação de métodos de aplicação do direito típicos do *common law* e de mecanismos processuais estranhos à tradição jurídica do *civil law*, adotada pelos países pesquisados, tais como, respectivamente, a criação judicial do direito (tanto na Alemanha quanto no Brasil) e a adoção do controle difuso de constitucionalidade das leis (no Brasil).

No próximo capítulo **Ativismo judicial vs. controle judicial – um estudo a partir da análise argumentativa da fundamentação das decisões do Poder Judiciário brasileiro e do Tribunal**

Constitucional da Argentina, México e Alemanha, segue-se no estudo comparado da realidade brasileira com outros contextos nacionais. Em virtude da crítica de *ativismo judicial* frequentemente atribuída ao Poder Judiciário brasileiro, buscou-se, antes de tudo, conceituar o que é ativismo judicial. Distinguiu-se ativismo de controle judicial, apresentando-se o primeiro como ingerência indevida do Poder Judiciário na competência dos demais Poderes, e o segundo como devido cumprimento do sistema de freios e contrapesos integrante do princípio da separação dos poderes. Indagou-se, então, por parâmetros para avaliar cientificamente a atuação judicial, de modo a classificá-la como *ativista* ou não. Para tanto, passou-se à análise de *decisões judiciais*, por serem elas os *atos institucionais* desse poder. Afinal, o primeiro passo para a avaliação da atuação de um órgão é o exame dos atos que lhes são próprios ou institucionais. Sendo as decisões judiciais *atos discursivos*, buscaram-se *critérios* para sua avaliação em reconhecidas *teorias do discurso* – a *teoria do discurso* de Jürgen Habermas e a *teoria da argumentação jurídica* de Robert Alexy. Enquanto atos discursivos, decisões judiciais são formadas por *argumentos*. Extraiu-se, então, uma *taxonomia argumentativa* do pensamento desses autores, com base na qual foram examinados os argumentos que compunham a *fundamentação* das decisões judiciais, visando-se a identificar (i) se o Poder Judiciário justificou devidamente seus atos institucionais, com argumentos próprios ao discurso jurídico, hipótese em que seriam menores as chances de ativismo judicial, (ii) se suas decisões não foram devidamente fundamentadas ou foram insuficientemente justificadas, caso em que aumentaria a possibilidade de ativismo judicial. Foram investigadas decisões judiciais referentes a tema paradigmático no levantamento da crítica de ativismo judicial, o direito fundamental social ao *mínimo existencial*. Pesquisaram-se a jurisprudência brasileira infraconstitucional e constitucional, e as decisões dos Tribunais Constitucionais da Alemanha, Argentina e México, de modo a se chegar a uma conclusão fundada quanto ao enquadramento da atuação do Poder Judiciário pátrio. Constatou-se não se tratar o ativismo judicial de fenômeno estruturado segundo uma lógica binária, mas que se manifesta de forma gradual, passível, então, de gradação como inexistente, leve, moderado ou grave. Com base nos critérios utilizados e no levantamento jurisprudencial feito,

concluiu-se pelo ativismo em grau leve (ou, no máximo, moderado) do Poder Judiciário brasileiro.

O capítulo seguinte **Direitos sociais, mínimo existencial e o assim chamado "ativismo judicial"** – uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional Federal alemão aprofunda a investigação comparativa da abordagem dos direitos fundamentais sociais e do direito ao mínimo existencial – ambos temas paradigmáticos no debate sobre ativismo judicial – pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. Visando a examinar se e em que medida o tratamento destinado ao direito ao *mínimo existencial* pode ser enquadrado como exemplo de *ativismo judicial* na realidade brasileira e alemã, decisões representativas do Tribunal Constitucional de cada país foram analisadas. Formula-se o conceito de mínimo existencial como conjunto de prestações estatais que assegura a cada pessoa uma vida condigna, de modo que qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade. Destacou-se que inicialmente o mínimo existencial era entendido como *dever* do Estado de assegurar a todos uma vida com dignidade, mas não implicava um direito subjetivo exigível pelo indivíduo. Sua elevação à condição de direito fundamental e sua articulação mais direta com a dignidade humana e outros direitos fundamentais teve na Alemanha sua primeira importante elaboração dogmática e seu primeiro reconhecimento jurisprudencial. Asseverou-se que o *princípio da dignidade humana* não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana fica sacrificada. Apresentando-se a prestação estatal correspondente ao mínimo existencial na forma de auxílio pecuniário, a fixação do valor da prestação assistencial é condicionada espacial e temporalmente, bem como dependente também do padrão socioeconômico vigente. Foram, então, selecionadas duas decisões representativas na temática do mínimo existencial na jurisprudência constitucional do Brasil e da Alemanha. Da análise de todas as decisões, concluiu-se que, de forma geral, a despeito do reconhecimento de manifesta e longa omissão legislativa e à vista dos graves problemas daí decorrentes,

houvo razoável *deferência judicial* para com o legislador. A deferência judicial manifestou-se especialmente (i) na atribuição ao legislador da competência para a definição da natureza das prestações estatais relativas ao mínimo existencial, bem como para o estabelecimento dos critérios para essa definição; (ii) na *não declaração de nulidade* dos dispositivos legais tidos como ofensivos ao mínimo existencial e, sim, fixando-se prazo ao legislador para que ele próprio providenciasse os ajustes necessários. Por fim, ressalta-se a interação equilibrada entre os órgãos estatais ou os *diálogos interinstitucionais* como o caminho adequado para a satisfação dos direitos fundamentais em geral, visto que a busca da efetividade da ordem constitucional é tarefa cometida a todos.

Adiante, o capítulo A *justiciabilidade do direito fundamental social à educação em uma perspectiva comparada: Brasil, Colômbia e México* objetiva investigar quando é adequado que o Judiciário obrigue o Estado a fornecer as prestações referentes ao direito à educação, considerando as realidades brasileira, mexicana e colombiana. Após a análise comparada da *previsão constitucional* destinada ao direito fundamental à educação em cada um dos países estudados, discorre-se sobre os dois principais argumentos utilizados contra a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais – o *princípio da reserva do possível* e a objeção democrática ou *princípio da democracia*. O primeiro princípio é frequentemente alegado pelos entes federados nas demandas judiciais em que figuram no polo passivo e cujos objetos são prestações materiais positivas. Porém, considera-se que, porquanto os direitos fundamentais sociais possuem aplicabilidade imediata por determinação constitucional, eles são justiciáveis. Ademais, entendendo-se como *núcleo essencial* do direito fundamental à educação o que for substancialmente indispensável à garantia de uma eficácia mínima desse direito, bem como o que for positivado constitucionalmente como *direito subjetivo definitivo*, é o núcleo essencial do direito fundamental à educação imediatamente exigível perante o Judiciário em caso de seu descumprimento pelos Poderes Políticos. Ademais, o núcleo essencial do direito fundamental à educação integra o conteúdo do *mínimo existencial* brasileiro, ao qual é inoponível o princípio da reserva do possível. São, então, mencionados dois argumentos contra a utilização do princípio da democracia como

contra-argumento à negação de justiciabilidade dos direitos fundamentais e da atuação do Poder Judiciário em sua garantia: (i) esses direitos são condições de possibilidade do próprio exercício democrático, porquanto somente é possível a formação livre de opiniões e a participação em diálogos políticos na esfera pública com o acesso às condições materiais essenciais de vida, as quais são objeto dos direitos fundamentais sociais; (ii) em virtude da normatividade da Constituição e do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o Judiciário tem o dever de aplicar as normas jurídicas vigentes em situações de litígio, mesmo quando isso significa controlar o exercício do poder estatal, situação que não apenas não é incompatível com a democracia, como, ao contrário, é um de seus elementos. Conclui-se, portanto, pela *intangibilidade do núcleo essencial* do direito à educação, o qual deve ser assegurado, a despeito de quaisquer argumentos orçamentários.

Finalmente, conclui-se este livro com o capítulo **Parâmetros para o controle judicial de políticas públicas de saúde**, no qual, conforme exposto em seu título, são investigados critérios para o controle, pelo Poder Judiciário, de políticas públicas voltadas para a realização do direito à saúde. A relevância desses parâmetros evidenciou-se com a judicialização massivamente crescente do direito à saúde a partir dos anos 2000 no Brasil. O notório aumento de decisões judiciais de caráter mandamental ao Poder Executivo no sentido do provimento da prestação positiva demandada trouxe impactos orçamentários e organizacionais à Administração Pública, a qual passou a arguir em sua defesa os princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Com base na *teoria dos princípios* de Robert Alexy, foram propostas como diretrizes para a prestação jurisdicional as noções de *precedência condicionada* dos princípios, *restringibilidade* dos direitos fundamentais, e *núcleo essencial* desses direitos. Tais diretrizes foram apresentadas na forma de critérios para fixação do grau de *essencialidade* da demanda de saúde pleiteada, ou seja, na forma de parâmetros para delimitação do *núcleo essencial* do direito à saúde, o qual, como conteúdo de *regra*, é *definitivamente devido*. Propôs-se como referência para a determinação da essencialidade da prestação de saúde requerida a sua vinculação (i) com a sobrevida e (ii) com a preservação de condições mínimas de dignidade. Ademais, formulações foram dirigidas à elaboração

do orçamento público segundo ordem prioritária de alocação de recursos conforme determinação constitucional. Finalmente, especial ênfase foi destinada ao atual contexto de pandemia do novo coronavírus, que revelou a inexorabilidade da garantia de um conjunto de prestações sociais mínimas pelo Estado, em contraposição ao tradicional argumento de escassez de recursos. Para tanto, medidas legislativas e fiscais têm sido tomadas, como a elaboração de leis, medidas provisórias, decretos, com previsão de alteração na rigidez das regras de responsabilidade fiscal, autorização de gastos excepcionais dentro do novo regime fiscal instaurado no país desde 2016, estabelecimento de Auxílio Emergencial à população, entre outras providências para a superação do contexto excepcional em que se encontra o país.

Aos leitores de *Atual Judiciário – Ativismo ou Atitude*, espera-se que o esforço na produção de obra coletiva, em que se reúnem artigos de juristas de distintos países e de diferentes regiões brasileiras, todos com trajetória consolidada de pesquisa nas questões discutidas, ofereça elementos que contribuam para a reflexão e análise crítica de tema a que se faz referência tão frequente quanto superficial no debate jurídico contemporâneo: *ativismo judicial*, e tópicos com ele relacionados, como democracia, separação de poderes, sistema de freios e contrapesos, conflitos de competência, autocontenção judicial, inafastabilidade da prestação jurisdicional, racionalidade da argumentação jurídica, diálogos interinstitucionais, normatividade constitucional, vinculatividade dos princípios, justificabilidade dos direitos fundamentais, judicialização, reserva do possível.

Juiz de Fora, setembro de 2021.

Cláudia Toledo

(NEO)CONSTITUCIONALISMO(S) E ATIVISMO JUDICIAL: DAS INCERTEZAS CONCEITUAIS À FRAGILIDADE PARA A DEMOCRACIA(?)

SAULO TARSO RODRIGUES
NÚRIA BELLOSO MARTÍN

“Los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”.

(G. Zagrebelsky)

As constituições democráticas constituem a expressão do maior compêndio de garantias e instrumentos de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Assentando em pilares como o Estado de Direito, o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes, entre outros, têm a virtualidade de terem promovido o reconhecimento de direitos e a proteção desses direitos. Dito isso, não quer dizer que, tanto pela evolução das próprias sociedades complexas como pelo intuito de articular os melhores mecanismos para concretizar esta pretendida ordem social e jurídica, não seja preciso refletir sobre algumas questões que continuam sendo necessárias melhorar. Daí a chegada do chamado (e polêmico) “novo constitucionalismo latino-americano”, a conveniência de articular harmoniosamente a garantia dos direitos com o ativismo judiciário, e a urgente necessidade de refletir sobre o já conhecido impacto da política tanto nos tribunais quanto na justiça e também repensar sobre a contribuição dos tribunais (especialmente os de nível superior, como os Tribunais Constitucionais) para a concretização de uma democracia reforçada.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Alocação de recursos em saúde: considerações éticas. *Bioética*, nº 7, p. 155-163, 1999.

OLIVEIRA, Diogo Luís Manganeli de. A saúde mental e a judicialização de políticas públicas de saúde. In: MELQUIADES DUARTE, Luciana Gaspar; VIDAL, Víctor Luna. *Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2020, p. 431-458.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à vida na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, 01/2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Fichtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. *Gestão e Controle*, Porto Velho, p. 73-138, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Anuário 2004/2005 – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo horizonte. Fórum, 2012.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A inefetividade do direito fundamental à saúde, como fator determinante para a aplicação dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva. *Revista Argumenta*, n. 10, 2009. Disponível em <http://seer.uerp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/132/132>. Acesso em 14 set. 2015.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos políticos e direitos sociais nas democracias: um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia dos direitos sociais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar: 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades; VIDAL, Víctor Luna. Parâmetros para o controle judicial das políticas públicas de saúde. In: TOLEDO, Cláudia (coord.). *Atual judiciário: ativismo ou atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 467-506. ISBN 978-65-5518-270-5.

SOBRE OS AUTORES

Alejandro Nava Tovar

Professor e Pesquisador de Filosofia do Direito e Argumentação Jurídica no Instituto Nacional de Ciências Penais (INACIPE), México. Membro do Sistema Nacional de Investigadores (SNI), México. Doutorando em Filosofia pela Universidade Autónoma Metropolitana, Campus Iztapalapa (UAM-I), México.

Ana Paula de Barcellos

Professora Adjunta de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Estágio pós-doutoral na Universidade Harvard, Estados Unidos da América.

Cláudia Toledo

Professora Associada da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutorado em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Estágio pós-doutoral na Universidade Christian Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha. Estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Fernando Leal

Professor da FGV Direito Rio. Doutorando em Direito pela Universidade Christian Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha. Mestrado e Doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Estágio pós-doutoral na Universidade Ruprecht Karl, Heidelberg, Alemanha.

Gertrude Lübbe-Wolff

Professora Titular de Direito Público na Faculdade de Direito da Universidade de Bielefeld, Alemanha. Doutorado em Direito Público pela Universidade de Freiburg, Alemanha. *Habilitation* pela Universidade de Bielefeld, Alemanha. Ex-Ministra do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Camerino, Itália. Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ).

Ingo Wolfgang Sarlet

Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS). Doutorando em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique, Alemanha. Estágio pós-doutoral na Universidade Ludwig Maximilian, Munique, Alemanha. Ex-Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS).

Jan-R. Sieckmann

Professor Titular de Teoria e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Friedrich Alexander (FAU), Erlangen-Nuremberg, Alemanha. Doutorando em Direito pela Universidade de Göttingen, Alemanha. *Habilitation* pela Universidade Christian Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha.

João Maurício Adeodato

Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestrado, Doutorado e Livre Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Convidado nas Universidades de Mainz, Freiburg im Breisgau, Heidelberg, Hagen e Frankfurt.

Laura Clérico

Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA), Argentina. Pesquisadora do Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnica (CONICET), Argentina. Professora honorária da Universidade Friedrich Alexander (FAU), Erlangen-Nuremberg, Alemanha.

Luciana Gaspar Melquiades Duarte

Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Mestrado e Doutorado em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Professor Associado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutorando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrado em Teoria do Estado e da Constituição pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Martin Borowski

Professor Titular de Direito Público, Teoria Constitucional e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade Ruprecht Karl, Heidelberg, Alemanha. Doutorando em Filosofia do Direito e Direito Público pela Universidade Christian Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha. *Habilitation* pela Universidade Christian Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha.

Matthias Klatt

Professor Titular de Filosofia do Direito, Sociologia do Direito e Política Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade Karl Franzen (KGU), Graz, Áustria. Doutorando em Filosofia do Direito pela Universidade Christian Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha. *Habilitation* pela Universidade de Hamburgo, Alemanha.

Natascha Alexandrino de Souza Gomes

Professora de Direito do Instituto Federal de Rondônia (IFRO). Mestrado em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Núria Belloso Martín

Professora de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos (UBU), Espanha. Diretora do Curso de Pós-Graduação de "Especialista em Mediación Familiar" na Universidade de Burgos (UBU), Espanha. Diretora de Relações Internacionais e Cooperação do Núcleo de Pesquisa "Mínga. Constitucionalismo democrático latino-americano, novas intersubjetividades e emancipação social", na Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT).

Paola Durso Angelucci

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestrado em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Priscila Carvalho de Andrade

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Juíza de Direito no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Saulo Tarso Rodrigues

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Doutorando em Sociologia do Estado e do Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Estágio pós-doutoral na Universidade de Uppsala, Suécia. Mestrado em Direito do Estado pela Unisinos-RS.

Víctor Luna Vidal

Mestrado em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Waleska Marcy Rosa

Professora Associada da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutorando em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho-RJ. Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Yago Condé Ubaldo de Carvalho
Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Assistente do Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.

CLÁUDIA TOLEDO

Professora da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutorada em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Estágio Pós-Doutoral na Universidade Christian Albrecht (CAU), Kiel, Alemanha. Estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).