



Esta obra procura analisar a *atuação do Poder Judiciário* no Estado Democrático de Direito contemporâneo e identificar o que seria *ativismo judicial* e o que se apresentaria como *atitude* devida a esse Poder, em cumprimento ao sistema de freios e contrapesos típico daquele modelo de Estado. Para tanto, são abordadas questões que variam desde a amplitude de tópicos teóricos (como neoconstitucionalismo e democracia deliberativa), passando por pontos mais concretos (como discricionariedade judicial e justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais) até chegar a temas mais específicos (como a garantia judicial do direito ao mínimo existencial e a judicialização do direito à saúde no Brasil). Com a contribuição de diversos autores brasileiros e estrangeiros, a multiplicidade de enfoques à matéria permite sua abordagem ampla e consistente.

Cláudia Toledo
Coordenadora

ATUAL JUDICIÁRIO

Ativismo ou Atitude

Área específica

DIREITO CONSTITUCIONAL

Áreas afins

DIREITO PÚBLICO, TEORIA DO DIREITO,
FILOSOFIA DO DIREITO

Público-alvo/consumidores

PROFESSORES, ALUNOS DE PÓS-GRADUAÇÃO, PROFISSIONAIS DO DIREITO (JUÍZES, ADVOGADOS, PROMOTORES, DEFENSORES), ALUNOS DE GRADUAÇÃO

FORMATO: 14,5 X 21,5 cm
CÓDIGO: 10003076

AT886 Atual 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

Cláudia Toledo é 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). 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).

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
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	Discricionariedade no Direito.....	137
2	Discricionariedade 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 discricionariedade	140
2	Dworkin e a discricionariedade	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 discricionariedade judicial	148
1	O conceito de discricionariedade judicial.....	151
a)	Discricionariedade estrutural e epistêmica	151
b)	Discricionariedade como competência	153
c)	O modelo de sopesamento da discricionariedade	154
2	Discricionariedade e interpretação jurídica	156
3	Discricionariedade e criação judicial do direito	157
4	Os limites da discricionariedade judicial.....	158
a)	Por que limites importam.....	159
b)	Os limites da discricionariedade estrutural	159
c)	Os limites da discricionariedade epistêmica.....	160
5	A relação entre a discricionariedade estrutural e a epistêmica.....	161
a)	O problema da discricionariedade 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

JUÍZES PRAGMÁTICOS SÃO NECESSARIAMENTE JUÍZES 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 casuísmo	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>Verfassungsbeschwerde</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