

STJ00113784

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	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto ( <i>in memoriam</i> )	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

# FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª 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* [editorial@editoraforum.com.br](mailto:editorial@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 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

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.). *Atual judiciário: ativismo ou atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 510 p. ISBN 978-65-5518-270-5.

## SUMÁRIO

## INTRODUÇÃO

<b>Cláudia Toledo</b> .....	17
-----------------------------	----

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

<b>Saulo Tarso Rodrigues, Núria Beloso Martín</b> .....	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

<b>Alejandro Nava Tovar</b> .....	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

<b>Jan-R. Sieckmann</b> .....	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

<b>Martin Borowski</b> .....	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	Objecções 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

<b>Matthias Klatt</b> .....	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.....	159
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?

<b>Laura Clérico</b> .....	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?

<b>Fernando Leal</b> .....	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

<b>Gertrude Lübbe-Wolff</b> .....	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 excoutoriedade 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

<b>Ana Paula de Barcellos.....</b>	<b>275</b>	
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

<b>João Maurício Adeodato</b> .....	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

<b>Gustavo Tepedino</b> .....	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

<b>Marco Aurélio Lagreca Casamasso, Waleska Marcy Rosa</b> .....	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,**

	<b>Yago Condé Ubaldino de Carvalho .....</b>	<b>363</b>
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

<b>Cláudia Toledo</b> .....	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,**

<b>Paola Durso Angelucci</b> .....	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**

<b>Ingo Wolfgang Sarlet</b> .....	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**

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