XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

CLEULER BARBOSA DAS NEVES

JANAÍNA MACHADO STURZA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Cleuler Barbosa das Neves
Janaína Machado Sturza – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-800-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

A presente publicação é resultado do GT N. 28 – Teoria do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico, realizado no XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, nos dias 19, 20 e 21 de junho, na Universidade federal de Goiás- UFG.

O presente grupo de trabalho buscou refletir sobre as Teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico, especialmente sob a perspectiva da proposta deste GT – qual seja, direito e ciência jurídica, da teoria da norma jurídica, da teoria da norma e teoria da decisão, teoria do ordenamento jurídico, direito e linguagem, positivismo(s) jurídico(s). Também sob o ponto de vista do paradigma da cientificidade, da falseabilidade, do pragmatismo filosófico e jurídico. Seguindo este cenário, discuti-se as relações entre Direito, Estado e Sociedade: os modelos formalista, sistêmico-operacional e realista. Destaca-se, ainda, o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização, para além do direito como sistema de regras e princípios. A relação entre direito e moral. Discurso jurídico. Judicialização. Ativismo judicial. Decisionismo. Idealismo jurídico. Neoconstitucionalismo. Teoria da norma e teoria da decisão. Pragmatismo. Discurso jurídico. Decisionismo. Idealismo jurídico.

Nesse sentido, apresentamos os trabalhos que nortearam as discussões deste GT:

A POLARIZAÇÃO POLÍTICA BRASILEIRA E OS EFEITOS (ANTI) DEMOCRÁTICOS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, de autoria de Mauricio Martins Reis e Catharine Black Lipp João. Analisou os efeitos da polarização política na deliberação coletiva sob os ideais moral e epistêmico da democracia deliberativa. Serão abordadas teorias sobre o comportamento entre grupos sociais e a influência da polarização sobre eles para então serem examinados os pressupostos da democracia deliberativa e a sua prática na dinâmica do Tribunal do Júri. A abordagem é desenvolvida a partir do método indutivo, com o objetivo explicativo e o procedimento bibliográfico.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, de autoria de José Arthur Figueiras Deolino e Heleno Veloso de Faria júnior. Tratou sobre a separação clássica de poderes, que criou um sistema de freios e contrapesos com fincas a evitar que cada poder ultrapasse a sua esfera de competência. A proposta da pesquisa foi analisar a funcionalidade da judicialização

da política e dos diálogos institucionais no Estado Democrático de Direito com escopo de assegurar os direitos fundamentais do cidadão preservando a separação de poderes. A metodologia utilizada será a teórico bibliográfica, através do procedimento metodológico dedutivo, afim de demonstrar que a judicialização da política está compatível com a separação clássica dos poderes, bem como, que a teoria dos diálogos institucionais assegura tal tripartição.

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Taysa Pacca Ferraz De Camargo. A presente pesquisa expõe a abrangência temática das normas constitucionais como indutor da ativa intervenção do Poder Judiciário quando provocado, em questões de grande impacto social, muito em razão da letargia dos demais Poderes da República. Analisar-se-á como tal abrangência contribui para a judicialização da política e consequentemente ao ativismo judicial, compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E LINGUAGEM JURÍDICO PENAL: OS LIMITES SEMÂNTICOS E JURÍDICOS ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO, de autoria de Ana Carolina Santana e Carlos Alberto Menezes. Este artigo se propõe a analisar a discricionariedade judicial na produção das decisões judicias penais. Será utilizada a epistemologia garantista para demonstrar que os pronunciamentos judiciais penais amparados em argumentos puramente éticos, morais ou políticos, não passam de mero decisionismo judicial. Será defendida a utilização de signos linguísticos precisos e determinados como forma de garantir que a semântica legal e a judicial estejam em coerência com a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariedade, permitindo o exercício argumentativo de verificação e refutação. Aos naturais espaços de insegurança jurídica este trabalho proporá a aplicação dos princípios gerais como critérios pragmáticos de aceitação.

ENTRE MITOS E VERDADES SOBRE A IMPARCIALIDADE: A INFLUÊNCIA DA INTUIÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS, de autoria de Taísa Magro Ostini e Sergio Nojiri. O objetivo do presente trabalho foi questionar o princípio da imparcialidade e seus efeitos práticos sobre os magistrados, a partir da investigação dos processos de tomada de decisão judicial. Para tanto, optou-se por uma abordagem interdisciplinar, construída sobre o marco teórico do realismo jurídico e com respaldo nos resultados de estudos psicológicos e neurocientíficos sobre os processos decisórios. O caminho percorrido permitiu afirmar a existência de decisões judiciais predominantemente intuitivas, influenciadas pela personalidade do julgador. A partir disso, concluiu-se pela inviabilidade de uma acepção ampla de imparcialidade (manifestada por juízes verdadeiramente imparciais) e pela interferência das emoções nos julgamentos.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?, de autoria de João Felipe Da Silva Neto , Ana Luiza Souza Carvalho. O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

NEOCONSTITUCIONALISMO: A REINTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Maria De Lourdes Araújo Cavalcanti Mundim e Ivan Dias da Motta. O artigo resulta de pesquisa acadêmica de revisão bibliográfica acerca do neoconstitucionalismo e seus reflexos no movimento denominado por ativismo judicial. Indica que, pela ressignificação dos valores insertos na norma constitucional advém o neoconstitucionalismo, privilegiando uma interpretação orientada à efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, compelido pela inevitabilidade da reinterpretação do pacto político social, ao Poder Judiciário, no pleno exercício da função jurisdicional, incumbe o papel de condutor da implementação de ações e políticas públicas que assegurem a concretização desta vontade de Constituição, o que vem se denominando ativismo judicial.

O BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de Guilherme Augusto De Vargas Soares e Luis Felipe Leão Saccol. Este pequeno ensaio busca demonstrar, de maneira contextualizada, o surgimento da teoria da separação dos poderes através do modelo tripartido de Montesquieu. Visa também ilustrar a importância da teoria da separação dos poderes para conter o ativismo judicial. Fazendo, assim, uma análise da recepção do referido instituto sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo como ponto de partida as mudanças de paradigmas ocorridas com o processo de redemocratização instaurado pela Constituição Federal de 1988.

O CONVENCIMENTO DOS JUÍZES É MESMO LIVRE? UM ENSAIO SOBRE A NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DE UM VERDADEIRO SISTEMA DE GARANTIAS PROCESSUAIS, de autoria de Pedro André Guimarães Pires , Karyna Batista Sposato. Nosso caminho histórico, marcado por uma construção pouco teórica do discurso jurídico, possui implicações na aplicação de um verdadeiro sistema de garantias processuais capaz de conter decisionismos e a arbitrariedade estatal. Algumas causas implicam efeitos

que revelam a necessidade de superar o livre convencimento. Modernidade tardia, esvaziamento do discurso constitucional e preponderância do político sobre o jurídico se correlacionam à mitigação das garantias processuais. Daí a necessidade de um sistema de garantias que supere a filosofia da consciência e resguarde a legitimidade democrática das decisões, o direito fundamental da parte a uma resposta correta, e o próprio estado de direito.

O IMPULSO DA POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO PELA INGERÊNCIA ESTATAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, de autoria de Karla Vaz Fernandes e Susana Silva Araújo. Este artigo tem por objetivo discutir o quanto a força da atuação judiciária desnivela a interdependência harmônica dos poderes estatais. Serão revisadas bibliografias que visem identificar se há ou não positividade no impulso da politização do judiciário, em decorrência da ineficiência crônica do Estado na tentativa de garantir o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais. O texto busca demonstrar qual o grau de influência da ingerência estatal, legislativa e executiva, na concretização dos direitos fundamentais sobre o crescimento do chamado processo de politização do Judiciário brasileiro. Questiona-se se a intromissão judicial torna realmente efetiva a concretização dos direitos fundamentais.

OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL SÃO DIREITOS ?: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa. Este artigo possui como objeto de estudo à efetividade dos Direitos Humanos, a sua materialização na realidade social brasileira, sob a perspectiva das teorias dos Direitos Humanos e do Realismo Jurídico. O problema que se propõe esse artigo é se os Direitos Humanos no Brasil são Direitos? ou meras garantias formais, ideologias a serem alcançadas?. Quando à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, o procedimento o monográfico, o objetivo metodológico adotado foi o descritivo, a técnica de pesquisa aplicada foi à revisão bibliográfica e documental. O recorte teórico central são os autores Costa Douzinas, Lorena de Melo Freitas e Benjamin Cardozo.

OS EFEITOS DO PÓS-POSITIVISMO NO PROCESSO PENAL, de autoria de Manoela Pereira Moser. Esta pesquisa tem por objetivo a análise dos efeitos do pós-positivismo, através dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, no âmbito do Processo Penal. Será realizado um estudo sobre o julgamento do AI no HC nº 239.363/PR, que declarou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, §1º-B, V, do CP; e, aplicou a pena prevista no art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como, o HC nº 152.752, que permitiu a execução da pena após a condenação em segundo grau. Por fim, procurar-se-á estabelecer quais os limites e os efeitos deste movimento para o Estado Democrático de Direito.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DOUTRINAS PENAL E TRIBUTÁRIA, de autoria de Jamir Calili Ribeiro. A doutrina tem asseverado a existência de princípios jurídicos, especialmente em contraponto às regras. As doutrinas penal e tributária operam baseando-se em um conjunto de normas que elas nomeiam "princípios". A partir desta constatação, pretendeu-se defender a ideia de que as distinções entre princípios e regras não são necessárias para compreender o ordenamento jurídico e a sua aplicação, bastando compreender a noção interpretativa dada ao conceito de princípios sem que seja necessário contrapô-lo à ideia de regras. A hipótese que se defende é a de que as doutrinas penal e tributária tratam os princípios como rótulo para os direitos fundamentais.

REFLEXÕES SOBRE A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL À LUZ DO REALISMO JURÍDICO, de autoria de Victor Colucci Neto. Analisa-se o processo de formação da decisão judicial à luz do realismo jurídico, movimento desenvolvido nos Estados Unidos nas décadas de 1920 e 1930, frente à clássica ideia formalista de que os juízes seriam mero aplicados do direito ao caso concreto. Apresenta-se neste trabalho a abordagem da influência das preferências político-ideológicas ou pessoais do juiz no processo decisório, analisando modelos de comportamento judicial. Expõe-se ideia acerca da harmonização entre realismo e formalismo jurídico e o modelo dual de julgamento. A pesquisa ora desenvolvida visa refletir sobre o que realmente ocorre no processo de tomada de decisão judicial.

Desejamos a todos uma bela e produtiva leitura!!

Inverno de 2019.

Profa. Dra. Janaina Machado Sturza – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI

Prof. Dr. Cleuler Barbosa das Neves - Universidade Federal de Goiás - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JURISDIÇÃO CRIATIVA: PROMOÇÃO OU RISCO À ORDEM DEMOCRÁTICA?

CREATIVE JURISDICTION: PROMOTION OR RISK TO THE DEMOCRATIC ORDER?

João Felipe Da Silva Neto [1]
Ana Luiza Souza Carvalho [2]

Resumo

O presente trabalho pretende analisar a postura criativa do Poder Judiciário, diante da necessária efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e as consequências para a ordem democrática constitucional. Inicialmente é feito um levantamento histórico dos direitos fundamentais, seu posicionamento no contexto constitucional e a necessidade de uma postura ativista do judiciário na garantia dos direitos fundamentais. Em seguida analisa os princípios da proporcionalidade e ponderação balizando o poder judiciário na sua atuação ativista. Por fim aponta as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Judicialização, Ativismo judicial, Proporcionalidade, Ponderação

Abstract/Resumen/Résumé

This work intends to analyze the creative position of the Judiciary, in view of the necessary effectiveness of the fundamental rights foreseen in the Constitution, and the consequences for the democratic constitutional order. Initially a historical survey of fundamental rights, its positioning in the constitutional context and the need for an activist position of the judiciary in the guarantee of fundamental rights are made. Next, it analyzes the principles of proportionality and ponderation, balancing the judiciary in its activist action. Finally, it points out the possible consequences of the activist position of the Judiciary to the current democratic order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Judiciary, Judicial activism, Proportionality, Ponderation

[1] Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás-UEG. Professor do Curso de Direito das Faculdades Objetivo-IUESO.

[2] Graduação em Direito pela PUC Goiás. Mestre em Desenvolvimento e Planejamento Territorial pela PUC Goiás. Professora e Coordenadora do Curso de Direito na IUESO - Objetivo Goiânia

Introdução

O respeito aos direitos fundamentais evidencia importante requisito para a democracia, posto que tem o objetivo de garantir direitos mínimos a serem respeitados no desenvolvimento de políticas públicas pelos titulares de mandatos eletivos escolhidos por meio do voto popular, bem assim na relação dos cidadãos entre si, ou com o Estado.

O atendimento a esses direitos básicos são a garantia dada pelo sistema constitucional àqueles que compõem a classe minoritária. Caso assim não fosse, admitir-se-ia situação de total vulnerabilidade daquele que, através de seu voto, não conseguiu alçar seus anseios e escolhas pessoais ao patamar de interesse da maioria.

É justamente nesse sentido que a atuação criativa do Poder Judiciário surge no vigente sistema constitucional como ferramenta de garantia dos direitos fundamentais, que, por sua vez, é pressuposto para o estado democrático. Para tanto, o poder judiciário tem utilizado das ferramentas de ponderação, e proporcionalidade para ter efetivados esses direitos fundamentais.

Todavia, referidas ferramentas não podem, ser utilizadas de maneira ordinatória no sentido de vulgarizar a atuação jurisdicional para fora dos quadros regularmente instituídos pelo texto constitucional, sob pena de, a pretexto de se garantir direitos mínimos à minoria, sobrepor suas vontades às vontades da maioria que, através do voto democrático, elegeu os representantes a fim de que deliberassem acerca das políticas públicas necessárias.

É nesse contexto que se torna relevante a análise da postura criativa/ativista como instrumento de garantia de efetivação dos direitos básicos e fundamentais da classe minoritária, sem, contudo, exacerbar-se a ponto de possibilitar mitigação da vontade da maioria.

O presente trabalho, partindo de prévio estudo bibliográfico, tem por objetivo analisar a postura criativa do Poder Judiciário, frente a necessária garantia de efetivação e concretização dos direitos fundamentais previstos no texto maior, bem assim os efeitos e consequências para a ordem democrática constitucional.

Para o desenvolvimento do conteúdo, optou-se pela divisão do estudo em três partes.

Inicialmente é realizada uma breve abordagem histórica dos direitos fundamentais, bem assim sua alocação no presente contexto constitucional, aliados à postura ativista do Poder Judiciário como desiderato da sua atribuição de garantia da concretização daqueles direitos básicos.

Em um segundo momento o enfoque recai sobre a utilização da proporcionalidade e ponderação como instrumentos capazes de validar uma resposta jurisdicional nas questões que tenham por objeto a garantia do atendimento aos direitos fundamentais.

Dando seguimento ao estudo, na terceira e última parte de seu desenvolvimento, o artigo analisa as possíveis consequências da postura ativista do Poder Judiciário para a ordem democrática vigente.

Por fim, a conclusão aponta a importância da jurisdição criativa para a concretização dos direitos fundamentais, notadamente no que diz àqueles de natureza prestacional, ou chamados de direitos sociais de segunda geração. Isso porque a intervenção do Poder Judiciário, seja por meio da judicialização de políticas públicas ou do ativismo judicial, ocorre em favor da democracia, e não contra ela. Todavia, a atuação ativista do judiciário não pode se convalidar em postura ordinária, sob pena de consubstanciar violação à própria democracia constitucional.

1. Os direitos fundamentais prestacionais e o papel do ativismo judicial.

Surge, entre os pensadores dos séculos VII a II a.C., a ideia de ser humano dotado de liberdade e razão, como base para os fundamentos intelectuais, para a compreensão da pessoa humana e afirmação de direitos mínimos universais a ela inerentes. (COMPARATO, 2008).

Para se pensar em direitos fundamentais foi imprescindível a configuração de ao menos três elementos, quais sejam: o Estado, sem o qual a proclamação de direitos se tornaria impossível; a noção de indivíduo, como destinatário daqueles direitos; e a consagração escrita, como forma de se conferir superioridade frente a outros atos normativos.

O processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015)

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo

legal e a garantia de propriedade.

Todavia, em que pese ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.

Importante consignar, outrossim, como marcos importantes do reconhecimento dos direitos fundamentais, a Petição de Direitos, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689 e o *Establishment Act*, de 1701.

Esses documentos resultaram em uma limitação do poder monárquico e em uma afirmação do Parlamento perante a coroa como reconhecimento de direitos e liberdades ao povo inglês.

Para Sarlet (2015), em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isto se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da revolução que marcou a instauração da ordem burguesa na França, e que posteriormente viria a influenciar o direito constitucional, surgiu em 1789, e foi a primeira a marcar a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.

No século XX as convenções passam a consagrar diversos direitos, a exemplo da Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada em 1948 pela Assembleia Geral da ONU, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do Século XIX.

Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.

Os direitos fundamentais resumem a concepção do mundo e influenciam a ideologia

política de cada ordenamento jurídico. São as bases do sistema de direito positivo, responsáveis pela garantia de prerrogativas e instituições capazes de zelar pela convivência digna, livre e igualitária entre as pessoas e entre essas e o Estado. Tiveram a sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem votada pela Organização das Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 1948. Desde então este texto tem servido como base para institucionalização dos direitos fundamentais de diversas constituições pelo mundo. Os Direitos fundamentais são didaticamente divididos entre direitos de primeira, segunda e terceira dimensão (BONAVIDES, 2003).

Os direitos fundamentais consubstanciam um núcleo normativo essencial que sustenta todo o ordenamento jurídico através da tutela da liberdade, autonomia e segurança dos cidadãos, seja perante o Estado, seja perante outros cidadãos. Decorrem da própria natureza do homem, não havendo, pois, como rotular ou discriminá-los exaustivamente. De toda forma, esses direitos encarnam a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, razão pela qual é possível classificá-los de acordo com os interesses por eles tutelados.

Para Gilmar Mendes (2008) os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-o para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.

São classificados, na visão de Sarlet (2015), em dois grandes grupos, quais sejam: os direitos de defesa - nos quais se incluem os direitos à liberdade e igualdade, garantias individuais, liberdades sociais e direitos políticos - e os direitos a prestações, ou direitos sociais de natureza prestacional, no sentido amplo e estrito.

Daí, pois, a conclusão de que os direitos fundamentais englobam tanto prestações positivas como negativas.

Na primeira dimensão encontram-se os direitos individuais e políticos, decorrentes do ideário que conduzia ao Estado essencialmente liberal. Caracterizam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado. Merecem destaque, no rol desses direitos, o direito a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei.

Na segunda dimensão encontram-se os direitos sociais, tendentes a garantir instrumentos imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais.

Com o surgimento da filosofia social, o Estado antes absolutista e contra qual os direitos individuais mereciam proteção, passa agora a atender aos anseios sociais, com fins de satisfazer as necessidades coletivas da comunidade. Nesse ínterim, atribui-se ao Estado

comportamento ativo na realização da justiça social.

É importante ressalvar que a ideologia que descansa à sombra do Estado Social está embasada no critério do universalismo. Este, a seu turno, reveste-se de uma forma política social que tem seu nascedouro e desenvolvimento em momentos historicamente compatíveis com a própria ampliação do conceito de cidadania. Não há dúvidas de que o fim dos modelos de governo totalitários da Europa Ocidental, como o nazismo e o facismo, bem como a hegemonia política, em uma esfera global, dos Estados social-democratas, permeada pelos influxos críticos das correntes ideológicas socialistas sedimentadas na cultura europeia, acabaram por concretizar um ideário fundamentado na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão.(CIARLINI, 2008).

A representação do Estado social e dos princípios políticos liberais se dá através do surgimento do conceito de *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, que acabou por influenciar o Brasil, ainda que de modo menos enfático, se comparado com outras sociedades ocidentais.

Para Bonavides (2003) com a queda o positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da lei Magna – separação dos poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais de liberdade, sob a égide do Estado Social.

A ideia de agora, passa a ser não a proteção contra o Estado, ou seja, um rol de condutas negativas e atuações vedadas, mas sim o ideal de prestações positivas por parte daquele, como forma de garantir a satisfação de direitos básicos. O Estado deixa a posição de inércia e isolamento para assumir, então, a realização de alguns direitos sociais básicos à garantia da dignidade da pessoa humana.

Nessa dimensão é possível apontar o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros. Essa categoria de direitos consubstancia meio para a efetivação dos direitos e liberdades, garantindo direitos sociais e fortalecendo os pilares da democracia.

Para Magalhães, os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será da educação que se chegará à participação consciente da população, o que implica também necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação. Os direitos econômicos, da mesma forma colaboram para o desenvolvimento e efetivação da participação popular através de uma democracia econômica.

É contudo no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra,

que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida está num sentido material. (SARLET, 2015).

Calha gizar que, a segunda dimensão dos direitos fundamentais integram não só prestações estatais positivas, mas igualmente as chamadas liberdades sociais, caracterizadas pelo direito de sindicalização, greve, e direitos oriundos das relações trabalhistas, como férias, repouso semanal remunerado, salário-mínimo, limitação de jornada, entre outros.

Os direitos sociais, tais como os individuais de primeira dimensão, referem-se à pessoa individualmente considerada, não podendo, pois, serem confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos, estes considerados como de terceira dimensão.

Esses, os direitos de terceira dimensão, por sua vez, estão caracterizados pela titularidade coletiva e difusa, também denominados como direitos da solidariedade ou fraternidade, revelando clara desvinculação da pessoa individual, ao tempo em que indica proteção de grupos humanos.

Configuram clara preocupação com o gênero humano e, nesse ínterim, destacam-se os direitos à paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente, conservação e proteção do patrimônio histórico e cultural, direito de comunicação, entre outros.

Entre os estudiosos do direito surge o pensamento acerca de quarta, quinta e até sexta dimensões de direitos fundamentais, que, todavia, pende de consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Por não ser o objeto central do presente trabalho, feita tal ressalva, abster-se-á de enfrentar supostas dimensões.

No Brasil a Constituição de 1988 é marcada por um amplo processo de discussão, ocorrida por ocasião da redemocratização do País, após vinte e um anos de ditadura militar, e caracterizada pelo amplo espectro de direitos fundamentais.

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015).

Ingo Wolfgang Sarlet (2015) ensina que a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 foi a primeira, na história constitucional brasileira, a prever um título específico para os

chamados direitos e garantias fundamentais, em que, juntamente com os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e as regras sobre a nacionalidade, foram também consagrados direitos sociais básicos e de caráter geral, bem como um extenso elenco de direitos dos trabalhadores, igualmente previstos no capítulo dos direitos sociais.

Impende salientar que a positivação dos direitos sociais em capítulo específico no catálogo de direitos fundamentais evidencia sua condição de relevância do contexto do direito positivo.

O respeito aos direitos fundamentais revela-se um dos requisitos indispensáveis à democracia, concretizados na Carta Política de 1988, notadamente em sede de seu artigo 5º. Isso porque, dentre as normas instituídas pelo texto constitucional, os direitos fundamentais compõe um núcleo normativo que merece prestígio. Esses direitos fundamentais merecem promoção e proteção, por meio de ações estatais e, por vezes, por meio de omissões do próprio Estado. Além de trazer no seu Título II um rol extenso de direito e garantias fundamentais, a Constituição também traz direitos e garantias de maneira difusa, e que são os norteadores dos valores da soberania brasileira.

Apesar do §1º do art. 5º da Constituição Federal afirmar que direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, posições divergentes sobre o tema são apresentadas pela doutrina e jurisprudência, principalmente no tocante aos direitos que exigem uma contraprestação estatal seja ela administrativa ou legislativa. Nesse sentido qualquer dispositivo constitucional que versa sobre direitos e garantias pode necessitar de outras ações para sua concretização, e cabe ao judiciário, quando acionado, fazer as mediações que vão concretizar o exercício do direito fundamental (HACHEM, 2008).

Isso porque, não se pode olvidar, que os direitos têm custos, e que suas realizações e/ou concretizações dependem de alocação de recursos por meio de atos praticados pelos administradores públicos. Dessa forma, a concretização prática reflete, necessariamente, impacto no orçamento público, que deve ser pensado por quem de direito, eleito democraticamente pelos detentores do poder de voto, com observância às limitações financeiras sofridas pelo Estado.

De fato, o Estado, em diversas situações, encontra dificuldades em dar aplicabilidade em diversos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que sua efetividade seja objeto de deliberação judicial, a exemplo das decisões concessivas de fármacos de alto custo, determinação de disponibilidade de vagas de UTI, matrículas em creche, questões referentes infraestrutura dos logradouros públicos, segurança, entre outros.

> A faceta prestacional dos direitos fundamentais revela-se nas posições jurídicas que impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos, exigindo-se a criação dos pressupostos fáticos e jurídicos necessários para o exercício dos direitos. O aspecto prestacional pode se apresentar de variadas formas, conforme a natureza da prestação exigida pela norma de direito fundamental. Poderão ser prestações em sentido estrito, englobando os direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que, se ele possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também dos particulares, tais como o direito fundamental à educação e à saúde. No campo desses direitos parece morar a situação mais problemática no que toca à sua efetividade, sobretudo em função da dificuldade relativa à escassez de recursos (HACHEM, 2008).

A ausência de cumprimento das prestações impostas ao Estado, por força dos direitos sociais, ou fundamentais de segunda geração, seja por ineficiência do administrador público, seja por ausência de alocação financeira capaz de fazer frente aos anseios dos cidadãos, não raras vezes acaba sendo objeto de provocação do Judiciário, como meio de se promover a concretização efetiva daqueles direitos.

A judicialização evidencia-se, pois, no ato de transferência de questões normalmente de incumbência dos poderes representativos ao Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, quando se tratam de questões relacionadas às políticas públicas. A referida judicialização não é fruto de opção ideológica ou filosófica do sistema judiciário brasileiro como um todo, tampouco do Supremo Tribunal Federal, mas decorre do desenho institucionalizado pelo sistema constitucional. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (BARROSO, 2009)

No Brasil se verifica uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, fruto da Constituição de 1988 que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, acabou por viabilizar ações judiciais que recorrem a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais. (CITTADINO, 2002)

Para Barroso (2009):

> A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria."

A judicialização parte de questões de grande repercussão política e social que saem das suas instâncias tradicionais que seriam o poder legislativo ou administrativo, para serem dirimidas pelo Poder Judiciário, ocorrendo assim de maneira intuitiva uma transferência de poder para juízes e tribunais (BARROSO, 2009).

As ações em que o poder judiciário é acionado, que versam sobre direitos fundamentais e por sua vez exigem a contraprestação Estatal, encontram barreiras em princípios constitucionais como os que versam sobre o equilíbrio dos poderes, ordem financeira ou ainda na simples impossibilidade financeira de determinado ente federativo arcar com as suas despesas correntes. Para proporcionar a garantia e a efetividade de direitos fundamentais, o judiciário tem se fundamentado no princípio da proporcionalidade e em técnicas de ponderação a fim de tentar promover o equilíbrio de situações em que direitos fundamentais não estão sendo garantidos.

Normalmente a intervenção do Judiciário em questões referentes às políticas públicas destinadas à implementação dos direitos sociais, se instala em situação de retração dos demais Poderes, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2009)

O judiciário, pois, em prol da concretização desses valores constitucionais e alcance de seus objetivos, por vezes interfere veementemente na atuação dos outros poderes, cujas funções sejam legiferante e administrativa.

2. O uso da proporcionalidade e da ponderação nas questões que envolvem judicialização de direitos fundamentais de natureza social.

A aplicabilidade e o conflito de normas constitucionais tem se tornado recorrente em função da amplitude e da carga de proteção aos direitos fundamentais, as liberdades se tornaram multifacetadas, tornando assim a possibilidade de colisões maiores.

Quando existe o conflito entre princípios, diante da necessidade do afastamento de um direito para aplicação do outro, não significa que tal princípio foi eliminado ou retirado do ordenamento jurídico, em uma situação real, princípios que em outro caso se antagonizaram, podem assumir posições diferentes nessa nova situação (SANTOS, 2006).

A doutrina e principalmente a jurisprudência brasileira tem se posicionado no sentido de adotar a proporcionalidade como um dos instrumentos de solução desses possíveis conflitos constitucionais e a técnica da ponderação. De acordo com Sarmento (2004) o equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis

fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto.

O princípio da proporcionalidade é aplicado em situações que exista uma relação entre dois elementos distinguíveis, um meio e outro fim, com o objetivo de se fazer uma análise de três pontos importantes: a adequação (o meio promove o fim?); necessidade (dos meios disponíveis, não existe algum outro menos restritivo de direitos fundamentais prejudicados?); proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens promovidas pelo fim compensam às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). A análise da proporcionalidade deve sempre se aplicar quando existir uma situação concreta destinada a realizar uma finalidade, é preciso que sejam feitos o exame de adequação, de necessidade, e o exame da proporcionalidade em sentido estrito, a fim de que se evitem maiores prejuízos (ÁVILA, 2004).

Para o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido de Intervenção Federal nº 139-1/SP, julgado em 19.03.03, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade.

A adequação é a primeira dos três pontos importantes que devem ser levados em consideração quando do uso do princípio da proporcionalidade em uma situação de conflito. De acordo com Cristóvam (2005) ela se refere à adoção de medidas apropriadas com o objetivo de alcançar a finalidade prevista na máxima que deve se cumprir, deve ser pertinente aos fins previstos em lei, com o foco no interesse público perseguido por meios corretos, proporcionais e apropriados.

A necessidade, segundo ponto da proporcionalidade, se refere à importância de se analisar se existem outras possibilidades menos gravosas à coletividade que poderiam ser tomadas para que o conflito se solucionasse. De acordo com Cristóvam (2006):

> Compete ao juiz averiguar se a medida tomada pela Administração ou pelo Poder Legislativo, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos. Dentre as medidas disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos. A máxima da necessidade exige que "a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente

eficaz, mas menos gravosa.

O terceiro ponto é a proporcionalidade em sentido estrito, que significa analisar se o meio utilizado para solucionar o conflito são desproporcionais em relação ao seu fim, uma vez que foi necessário o afastamento de determinado direito fundamental, para que fosse garantido outro direito fundamental, tal situação poderia acarretar alguns danos à sociedade. Nos termos da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, a atuação levada a cabo deve estar afinada com a ideia de justa medida. (CANOTILHO, 1998).

Existe uma tendência, conforme explica De Carvalho (2013) em entender os direitos e garantias fundamentais como princípios objetivos de natureza mandamental para otimização, que, uma vez em conflito, precisam ser ponderados, e que para isso, foi criado um modelo doutrinário de ponderação que deriva da proporcionalidade em sentido estrito.

A ponderação, por sua vez, é utilizada para solução entre conflitos constitucionais, também conhecida como *balancing* pela doutrina americana, seria a técnica jurídica para solução de conflitos de normas que se relacionam com tensões que não puderam ser equacionadas por soluções hermenêuticas tradicionais (BARCELLOS, 2005).

Assim como na proporcionalidade, a técnica da ponderação se baseia em três análises específicas, que são fundamentais para garantir a mais justa aplicabilidade de normas em situação conflituosa. A ponderação é comporta pela identificação dos enunciados normativos em tensão; identificação de fatos relevantes e a última etapa que consiste na Decisão.

Para a realização da primeira etapa é necessário identificar claramente os componentes principais de que são constituídas as colisões. Serão analisados nessa fase do processo todos os elementos e argumentos, o mais exaustivamente possível, identificando todos os enunciados normativos que teoricamente se encontram em conflito e agrupá-los em razão da solução normativa que sugerem para o caso concreto. Feito isso, verifica-se se a colisão não poderia ser solucionada por métodos hermenêuticos tradicionais. A técnica da ponderação só deve ser utilizada quando essa possibilidade for descartada (BARCELLOS, 2005).

A segunda etapa se refere à identificação de fatos relevantes. Nesse ponto é preciso averiguar os fatos relevantes e a sua repercussão sobre demais possibilidades aventadas na etapa anterior de análises, podendo assim demonstrar com exatidão o papel de cada um dos direitos em conflito e a sua influência.

Ainda com Barcelos (2005), a ponderação depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades, daí a necessidade de examinar as circunstâncias concretas

do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos.

Na terceira e última etapa da ponderação é que é feita a tomada de decisão sobre qual direito no caso concreto analisado dele prevalecer sobre o outro.

> Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas-e a solução por ele indicada- deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo este processo tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade (BARROSO, 2006)

Como demonstrado, a ponderação/proporcionalidade são os meios pelos quais são dirimidos os conflitos constitucionais aparentes, ou seja, uma vez detectado o conflito aplica-se esses princípios, que diante do fato real favorecerá uma aplicação segura da norma constitucional, dosando a incidência que cada instituto deve ter, procurando preservar o máximo de direitos e garantias possíveis (CAMPOS, 2004).

Desempenham, pois, um importante papel estratégico na questão referente à intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais e implementação de políticas públicas, com respeito à discricionariedade administrativa.

Os direitos fundamentais, enquanto na dimensão positiva, impõe prestações por parte do Estado no sentido de efetivar os direitos tutelados pela ordem constitucional. Todavia, ao contrário do que ocorre na dimensão negativa, nem todas as prestações por parte do Estado podem ser consideradas devidas, abrindo-se, assim, campo para a ponderação e análise da proporcionalidade.

Segundo Alexy (2008) quando o que está em pauta é a proibição de matar, esta proibição atinge, prima facie, toda e qualquer forma de morte (independentemente do meio empregado); já na hipótese de haver um dever em sentido contrário, de salvamento – cuja dimensão é objetiva – nem todos os meios disponíveis para tanto são, desde logo, impostos.

O destinatário do dever de atuação positiva para efetivação do direito social tem um espaço de deliberação discricionária, em sede do qual pode optar pela melhor forma a ser adotada, de acordo com os fins reputados mais adequados. Trata-se do núcleo essencial das políticas públicas, consubstanciado nas escolhas pelo administrador público das formas mais adequadas ao atingimento da obrigação ou do dever fixado pelo ordenamento jurídico.

Todavia, esse espaço discricionário de deliberação do Administrador Público, encontra limites na efetividade, e não mera programaticidade dos direitos fundamentais de segunda geração.

O critério balizador e o limite para estas escolhas residem, por sua vez, justamente na observância do princípio da proporcionalidade: quando as escolhas satisfazem o teste de proporcionalidade, prevalece a lógica da discricionariedade; havendo desproporcionalidade (na ponderação entre fins por ocasião da alocação de recursos e/ou na ponderação entre meios e fins), a intervenção do Judiciário se justifica. (LEAL, 2015)

O Supremo Tribunal Federal, quando da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1800-1/DF, julgada em 2006, deliberou sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade:

> […] como se sabe, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição do excesso (übermassverbot) e, de outro, a proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot). […] A medida legal contestada conforma-se perfeitamente à outra faceta do princípio da proporcionalidade acima mencionado, o qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita seus direitos de cidadania.

O princípio da proporcionalidade pode muito contribuir na solução de demandas coletivas em matéria de direitos prestacionais, visto que as prestações estatais dependem de recursos públicos escassos e a necessidade e a adequação da medida postulada pela comunidade serão avaliadas a partir dos limites impeditivos trazidos pelo poder público. Soluções compromissórias afiguram-se razoáveis no contexto de um país ainda muito marcado por transformações econômicas e sociais permanentes que retiram do horizonte de longo prazo a estabilidade inerente a qualquer planejamento. Compromissos republicanos, firmados com o objetivo máximo de concretizar o texto, é que devem pautar tais medidas coletivas levadas ao judiciário. (MÂNICA, 2008)

3. Judiciário ativista e os reflexos na ordem democrática.

O Poder Judiciário brasileiro, em não raras oportunidades, tem revelado postura claramente ativista a exemplo da vedação ao nepotismo, perda de mandato parlamentar em razão da troca de partido, quotas raciais em concursos vestibulares, inconstitucionalidade da cláusula de barreira, bem como questões relacionadas às políticas públicas como matrícula em creche e fornecimento de medicamentos de elevado custo.

Segundo Barroso (2009), de fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e Executivo, tendo por combustível o voto popular.

A atuação dos membros do Judiciário, sejam Ministros do Supremo Tribunal Federal ou magistrados das instâncias inferiores e ordinárias, quando adotam postura ativista, com viés substancialista ou pragmatista, visa em sua maioria garantir a efetividade de direitos básicos, alçados à categoria de direitos fundamentais pelo texto constitucional de 1988. Nesse sentido:

> [...] no Brasil, nos julgados do Supremo Tribunal Federal – STF, podemos constatar que as mencionadas Cortes, na esteira da adoção da ponderação de princípios, têm assumido uma postura de ativismo judicial, transformando-se, muitas vezes, em "fóruns" para o tratamento de problemas sociais e políticos. (DE CARVALHO, 2013).

Recentemente o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento simultâneo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, de Relatoria dos Ministros Celso de Melo e Edson Fachin, em sede do qual é enfrentado o pleito de criminalização da conduta homotransfóbica, perpetrados respectivamente pelo Partido Popular Socialista e pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, e Transgêneros, ambas em desfavor do Congresso Nacional.

Iniciado o julgamento os Relatores, no que foram acompanhados por dois Ministros, quem sejam, Luiz Roberto Barroso e Alexandre de Morais, votaram pelo acolhimento do pleito de criminalização da homofobia, por meio da aplicação do tipo penal referente ao racismo.

Ocorre que a matéria, outrora, fora submetida ao crivo do Poder Legislativo, ocasião em que, já no Senado Federal, foi arquivado o Projeto de Lei nº 122/2006 em razão de previsão no Regimento Interno da Casa que determina tal arquivamento quando as propostas tramitarem há mais de duas legislaturas.

Embora o julgamento até o momento não tenha chegado a termo, já é possível aferir a postura ativista de parte do STF em caso que tal, notadamente daqueles Ministros que já manifestaram seus respectivos votos.

Importante observar, outrossim, que nesse caso em específico, não se está diante de uma postura de retração daqueles que possuem poder legiferante, porquanto o arquivamento

do Projeto de Lei, a bem da verdade, demonstra a resposta dada por quem de direito, no exercício da democracia representativa.

O ato de arquivar o Projeto de Lei, ou seja, de optar por não legislar a respeito daquela matéria, consubstancia o resultado do processo legislativo e, portanto, teoricamente, a vontade da maioria, representada pelos congressistas, de não criar tipo penal específico para as condutas ilícitas motivadas pelo preconceito em razão da orientação sexual.

Insofismável que a atuação ativista possui ancoradouro na própria Constituição da República, que a despeito de velar pela independência dos Poderes instituídos, garante que em caso de divergência na interpretação das normas, sejam elas constitucionais ou legais, a última palavra seja do Poder Judiciário.

Doutro norte, a democracia pressupõe soberania popular e é papel da Constituição da República Federativa do Brasil estabelecer as regras para que a vontade da maioria possa prevalecer sem, contudo, haver massacre dos direitos básicos da classe minoritária.

As regras do jogo constitucional democrático, pois, devem garantir participação política, governo da maioria e alternância de poder. Devem, outrossim, garantir instrumento de proteção aos direitos fundamentais das minorias. Importantes mecanismos que visam a esse desiderato são: a judicialização e o ativismo judicial.

Segundo Barroso (2009) a conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. A postura ativista, todavia, não deve assumir posição de destaque e ser adotado de maneira ordinária pelo Poder Judiciário, mas deve, isso sim, restringir-se à eventualidade.

Não se está com essa afirmação a criticar o ativismo judicial ou a judicialização de maneira irrestrita e absoluta, até porque, conforme assentado alhures, tal atuação encontra base, respaldo e relevância constitucionais.

Todavia, nas palavras de Barroso (2009), não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade. A politização da justiça seja por intermédio da judicialização ou do ativismo judicial, porém, apresenta risco para a legitimidade democrática. Isso porque a ação do Poder Judiciário, vale dizer, órgão não eletivo, em casos que tais, consubstancia sobreposição dos pronunciamentos judiciais às decisões tomadas pelos chefes dos poderes executivos e legislativos, seja no âmbito municipal, estadual ou nacional, cuja escolha ampara-se na vontade popular majoritária.

O protagonismo do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas e a garantia ao respeito dos direitos fundamentais não pode servir de subterfúgio para violação do equilíbrio do sistema político e deve garantir não só o direito dos cidadãos individualmente considerados, mas garantir também a soberania popular. Nesse sentido:

> O crescente ativismo judicial revela uma debilidade da democracia jovem do país e mostra que ela ainda tem a se desenvolver e se consolidar, uma vez que o reconhecimento de direitos gerais e abstratos está sendo feito primeiro pelos tribunais que pelo Parlamento. As audiências públicas e o julgamento acerca das pesquisas com células-tronco, no Supremo, por exemplo, despertaram maior interesse, mobilização e posicionamento da sociedade que a discussão de seu projeto no Congresso. Isso por certo ângulo não é bom para a democracia. A falta de credibilidade do Legislativo, acentuada em virtude de graves casos de corrupção, distancia a população de seus debates, diminui caráter representativo de sua atuação. Logicamente, isso não se deve somente às condições atuais do Brasil (ÁVILA, 2012).

Não se ignora a crítica no sentido de que os magistrados, ao adotarem postura ativista, a bem da verdade, não expressam vontade política própria, mas tão só dão concretude às decisões outrora tomadas pelo constituinte e pelo legislador ordinário. Porém, a exacerbação desse ativismo repita-se, adotado por órgão não eletivo, por vezes em sobreposição às decisões tomadas pelos titulares de poderes políticos concedidos pelo voto popular, pode consubstanciar violação aos interesses da maioria, manifestadas por meio do voto.

Cediço que a atuação ativista tem por finalidade precípua a garantia de uma atuação contramajoritária, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Nesse prospecto é que se verifica risco à democracia constitucional em razão de eventual excesso de postura ativista.

Em outros termos, o exagero de atuação ativista enseja, por consectário lógico do próprio arranjo constitucional vigente, demasia de atuação jurisdicional contramajoritária e, nesse desiderato, enfraquecimento ou empobrecimento da vontade manifestada pela maioria. O ativismo não fere a teoria moderna de separação de poderes, todavia, deve ser utilizada com parcimônia, uma vez que é mais vantajoso a criação legislativa que deriva da vontade do povo, do que a simples decisão emanada de juízes, fazendo urgente a necessidade de uma atuação mais efetiva do povo no processo legislativo (ÁVILA 2012).

Dúvida não há acerca da importância da atuação jurisdicional como instrumento de garantia da democracia, inclusive através de instrumentos como o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas. Afinal, a jurisdição constitucional se bem exercida, é relevante ferramenta na defesa da democracia constitucional. Todavia, a postura ativista,

conforme leciona Barroso (2009) é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado, pois se utilizado em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.

Conclusão

A proteção e efetivação dos direitos fundamentais evidenciam-se como condição de funcionamento do constitucionalismo democrático, mesmo que, em não raras situações, atuem de maneira contrária à vontade das maiorias políticas.

A intervenção do Poder Judiciário como forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre através da judicialização da política ou do ativismo judicial, tal qual acontece nas situações em que se mostra necessária sua atuação em razão da omissão dos membros do Poder Legislativo e/ou Executivo, ou mesmo ao invalidar uma norma inconstitucional, ocorre, a bem da verdade, a favor da democracia e não contra ela.

É nesse sentido que a postura ativista, por parte do Poder Judiciário, surge no arranjo constitucional como instrumento de garantia dos direitos fundamentais e, portanto, do próprio estado democrático. Para tal desiderato, os titulares do poder jurisdicional devem se valer das ferramentas da proporcionalidade e da ponderação, a fim de garantir a efetiva concretização dos direitos fundamentais.

Referida atuação por parte dos membros do Poder Judiciário não pode adotar postura ordinariamente ativista, sob pena de transmudar a ferramenta institucionalizada como meio de garantia dos direitos fundamentais em subterfúgio para o desrespeito da vontade da maioria em sobreposição da proteção das minorias.

A exacerbação desse ativismo adotado por órgão não eletivo, por vezes em sobreposição às decisões tomadas pelos titulares de poderes políticos concedidos pelo voto popular, pode consubstanciar violação à democracia constitucional.

Em linha de arremate, nas palavras de Barroso (2009) a atuação criativa do Poder Judiciário e, portanto, ativista, é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado, pois se utilizado em dose excessiva, há risco de se morrer da própria cura.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, André Cambuy. O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil. Caderno Virtual, v. 1, n. 1, 2012.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Ed. Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed., revista, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento de gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

_____, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < RIDB, Ano 3 (2014), nº 5 | 3487 http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/1268 5_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 13/03/2019.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. Caderno de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI; GARTH apud REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Administração Pública). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. Sobre os limite da argumentação jurídica: a desconstrução do ativismo judicial fundado na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos de Jürgen Habermas e Chantal Mouffe. Revista do Direito Público, v. 8, n. 1, p. 9-52, 2013. Acesso em: 03 de março de 2019. Disponível em: file:///C:/Users/Presidente/Downloads/10895-60793-1-PB.pdf

CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões Judiciais na área da saúde. 2012. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9769 Acesso em: 06 dez 2016.

CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano II, nº2 e Ano III, nº3, 2001-2002.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, p. 178-187, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf Acesso em: 19 de abril de 2017

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. Acesso em, v. 22, 2018.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988. 12.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 318-319.

HACHEM, Daniel Wunder. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988: 20 anos de obscuridade nas brumas do senso comum teórico. EOS–Revista Jurídica da Faculdade de Direito–Faculdade Dom Bosco, n. 4, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana e o Princípio da Proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert. BAEZ; Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo, 1 ed., Florianópolis: Qualis, 2015.

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. São Paulo: Lua Nova, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Márcio Gil Tostes. Ponderação de interesses entre princípios processuais constitucionais. 2006.203. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Vale do Rio Verde, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegue: Livraria do Advogado, 2008, p. 160-161.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. Disponível em:
<
h
t
t
p
:
/
/
w
w