

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-197-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasília-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

IMPACTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

IMPACTS OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE IN THE REALIZATION OF SOCIAL RIGHTS

Alexandre Máximo Oliveira ¹

Resumo

Este trabalho possui o objetivo de verificar em que medida o novo Código de Processo Civil pode contribuir no âmbito da efetivação dos direitos sociais. Assim, busca antecipar alguns benefícios trazidos pela nova legislação decorrente da positivação do princípio da proporcionalidade. A inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais transferiu o papel institucional destes entes para o Poder Judiciário. No desenvolvimento do estudo, para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema, consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários, das decisões de Tribunais e das normas legais.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Direitos sociais, Impactos

Abstract/Resumen/Résumé

This work has the objective to verify to what extent the new Civil Procedure Code can contribute within the realization of social rights. So search anticipate some benefits brought by the new legislation due to the assertiveness of the principle of proportionality. The inertia of the legislative and executive branches in the realization of fundamental social rights transferred the institutional role of these entities to the judiciary. In developing the study to achieve the proposed objectives, we used the theoretical research concerning the issue, consisting of the content analysis of the doctrinal texts of decisions of courts and legal standards.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New civil procedure code, Social rights, Impacts

¹ Mestrando pela UIT-MG, área de concentração Proteção dos Direitos Fundamentais. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UCAM-RJ. Professor em Direito Processual Civil no UNIPAM/MG

1 INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos sociais não fazem parte das funções institucionais do Poder Judiciário, que somente atua quando provocado. Assim, a efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário tem sofrido severas críticas no que tange à ausência legitimidade, vez que os juízes não fazem parte dos poderes eleitos majoritariamente para representar o povo.

A denominada “judicialização da política” decorre da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais, transferindo o papel institucional destes entes para o Poder Judiciário. O fenômeno não é exclusivo do Estado Brasileiro, sendo também verificado em outros Estados ocidentais.

A construção de instrumentos processuais adequados para atender o controle jurisdicional de políticas públicas constitui preocupação de milhares de profissionais do Direito, espalhados em diversas carreiras jurídicas, na esperança de alcançarem a consecução dos objetivos fundamentais da República.

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou o princípio da proporcionalidade no seu texto legal, estabelecendo regra para a solução pelo juiz para situações de conflito de princípios.

A atuação do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo passa por princípios constitucionais da separação dos poderes, reserva do possível e mínimo existencial, que estão em constante rota de colisão.

Deste modo, busca este trabalho investigar se a positivação do princípio da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil contribuirá para evitar a abdicação ou a usurpação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais.

Inicialmente buscou-se uma compreensão de quais são os limites do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais diante os princípios da separação dos poderes, da reserva do possível e do mínimo existencial. Em seguida, foi apresentado o princípio da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil. Finalmente, foram identificados quais foram os benefícios da utilização da regra da proporcionalidade no controle jurisdicional de políticas públicas.

O baixo número de trabalhos ou de doutrina sobre institutos positivado no novo Código de Processo Civil realça a necessidade de se estudar melhor o assunto, que está relacionado com a promessa constitucional de efetividade dos direitos fundamentais.

No desenvolvimento do estudo, para se alcançar os objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa teórica referente ao tema, consistindo na análise de conteúdo dos textos doutrinários, decisões de Tribunais e normas legais.

2 OS LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO

Apesar de a formulação e a implementação de políticas públicas para efetivação de direitos sociais não fazerem parte das funções institucionais do Poder Judiciário, as pesquisas no campo doutrinário e jurisprudencial revelam que ele deve atuar quando a proteção dos direitos fundamentais sociais tiver sido insuficiente por parte do Poder Legislativo e do Executivo.

O tema referente ao controle jurisdicional de políticas públicas teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 21.02.14, no Recurso Extraordinário n. 684.612, que discute, especificamente, os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, na contratação de servidores e na execução de obras que atendam ao direito social à saúde, previsto na Constituição. O recurso continua pendente de julgamento.

Krell realizou estudo no qual comparou o controle judicial de direitos fundamentais sociais no Brasil e na Alemanha, constatando:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. (KRELL, 2002, p. 22).

Para Alexy (2008, p. 446) os “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente

deixada para a maioria parlamentar simples”, ou seja, somente ao Poder Legislativo e ao Executivo.

O controle jurisdicional de políticas públicas decorre da própria ideia de constitucionalismo e de previsão de questões políticas na Constituição, que permitem ao Judiciário enfrentar qualquer questão política como sendo uma questão constitucional. Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, trata-se da assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos (BARBOZA, 2012, p. 60).

A título de exemplo, na Constituição Federal do Brasil, no artigo 37, inciso VII, está previsto que os trabalhadores do setor público têm o direito de greve, que será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. A ausência de elaboração de regra pelo Poder Legislativo restringia a eficácia do mencionado dispositivo, o que motivou a intervenção do Supremo Tribunal Federal para suprir a omissão do legislador e dar efetividade ao direito social previsto na Constituição Federal.¹

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, diante da grave omissão do Executivo, no campo de direito à saúde, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 271.286 e no Agravo Regimental n. 271.286 reconheceu o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicação aos portadores do vírus HIV, sob o fundamento de que os poderes públicos deveriam praticar políticas sociais e econômicas que visassem aos objetivos proclamados no artigo 196 da Constituição Federal (GRINOVER, 2013, p. 130).

Para Grinover (2013, p. 131), o posicionamento mais representativo do Supremo Tribunal Federal, a favor da intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, foi representado pela decisão monocrática do ministro Celso de Melo, na ADPF n. 45-9².

A Constituição Federal de 1988, no seu preâmbulo, institui um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça³. No seu artigo 5º, inciso

¹ Por se tratar a greve direito público subjetivo dos trabalhadores do setor público, o Supremo Tribunal Federal, em decisão tomada no julgamento dos Mandados de Injunção nrs. 670, 708 e 712, reconheceu a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, determinou que seja aplicado ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89).

² O ministro Celso de Melo na mencionada decisão menciona em políticas públicas “o encargo, reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgão estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incide, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivado de cláusulas revestidas de conteúdo programático. *In*: ibidem, p. 130-131.

³ A natureza normativa do preâmbulo da Constituição Federal vem sendo reconhecida pela doutrina brasileira. Conforme defende Lages (2010, p. 120), “a partir de uma leitura adequada do ordenamento jurídico, baseada no aspecto normativo dos

XXXV, consta disposição segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, que pode ser individual ou coletivo. Nessa perspectiva, fica reconhecido que o modelo pátrio de Estado Constituição e Democracia atribuiu legitimidade ao Poder Judiciário, dentro das funções atribuídas aos Poderes da República, como o responsável pelo *judicial review* da gestão de implementação de políticas públicas para a satisfação dos direitos fundamentais sociais definidos pelo Poder Constituinte originário (ZANETI JUNIOR, 2013, p. 35).

Por esta razão, a constatação de omissão ou de insuficiência dos Poderes Legislativo e Executivo de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais, ou seja, a ausência de ações fáticas ou normativas, autoriza a intervenção do Poder Judiciário para preservar os direitos fundamentais sociais previstos pelo Poder Constituinte.

A discussão sobre os limites do Poder Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas para implementação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988 foi, por diversas vezes, submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal e dos 89 Tribunais brasileiros⁴, continuando atualmente na pauta dos órgãos do Poder Judiciário⁵.

O primeiro obstáculo a ser enfrentado pelo Poder Judiciário para sua intervenção na gestão de políticas públicas para satisfação dos direitos fundamentais sociais é o dogma da separação dos poderes, pois na Constituição Federal existe delegação para que o Poder Legislativo concretize o conteúdo desses direitos. Segundo Krell (2012, p. 22), muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da separação dos poderes⁶.

princípios e, como atesta Habermas, afinada ao código binário próprio do Direito, lícito-ilícito, a natureza normativa do preâmbulo não pode ser negada”.

⁴ Neste sentido, por amostragem, apresento diversos processos em andamento ou já julgados que comprovam a constatação. Registra-se que vários destes julgados foram analisados na disciplina a Judicialização das Políticas Públicas e o Processo para Conflitos de Interesse Público, ministrada pelas Doutoradas Ada Pellegrini Grinover e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, no programa de Mestrado da Universidade de Itaúna (UIT/MG), área de concentração Proteção dos Direitos Fundamentais. **STF:** ADPF nº 347; ADPF nº 45; ADI nº 1800-1/DF; MS nº 27652; ADI nº 5417; ADC nº 39; SL nº 47, RCL nº 18177; AC/RJ nº 3954; AgRg no RE nº 367.432/PR; AI nº 598.212/PR; RE nº 684.612; AgRg no RE nº 410.715/SP; RE nº 365299/SC; RE nº 403806/PR; AgRg na suspensão de segurança nº 2.944/PB; MC na ADI nº 1497-8/DF; ADI nº 3128-7/DF; AgRg na suspensão de liminar 47/PE Pernambuco; AgRg na suspensão de segurança nº 3.345/RN; MC na ADI nº 1931/DF. **STJ:** Resp 575.998/MG; Resp nº 840.918/DF; Resp nº 1.185.474/SC; Resp nº 656.979/RS; Resp nº 771.537/RJ; Recurso Ordinário em MS nº 24.197/PR; Resp nº 1.518.223/RJ; Resp nº 813408/RS. **TJ/SP:** Apelação nº 994.09.240766-4. **TJ/SP:** Apelação nº 5357.09.2008.8.26.0445; Apelação nº 994.06.045878-5; Apelação Cível nº 275.964-5/9-00. **TJ/MG:** Apelação e Reexame Necessário nº 070206326626-7; Apelação nº 1.0637.07.050.344-5/001. **TJ/RN:** Agravo de Instrumento nº 2009.008.885-0. **TJ/SC:** Apelação Cível nº 2009.238.795-4. **TJ/CE:** Agravo de Instrumento nº 38744-23.2003.8.06.0000. **TJ/RS:** Apelação Cível nº 70065635229. **TJDFT:** AGI 20140020172025. **TRF 2ª Região:** Apelação Cível nº 2003.51.06.001722-2. **TRF 5ª Região:** Remessa Ex Officio em Ação Cível nº 415646/PB; Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar nº 3613/0; Apelação Cível nº 200380000070665. **TJ/RJ:** Apelação nº 0008644-03.2009.8.19.0004.

⁵ Atualmente tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário n. 684.612, que teve o tema identificado como de repercussão geral, que discute, especificamente, os limites do Poder Judiciário na intervenção de políticas públicas.

⁶ O mencionado jurista entende, no entanto, cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes

Neste sentido, colhe-se entendimento do acórdão do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, no exame de recurso de apelação apresentado pelo Ministério Público Federal contra sentença que julgou, em sede de Ação Civil Pública, procedente o pedido de condenação da CEF a efetuar a desocupação e a demolição do Conjunto Residencial Cruzeiro do Sul, às suas expensas, e improcedente o pedido de condenação do Município de Caucaia/CE e do Estado do Ceará na obrigação de construir moradias para as famílias que invadiram o referido conjunto residencial, ao entendimento de que o Poder Judiciário não poderia invadir a discricionariedade administrativa do Poder Executivo, a quem cabe eleger as obras públicas prioritárias, bem assim dispor sobre o seu orçamento, salvo nas excepcionais hipóteses de abuso, de ilegalidade, de desvio de finalidade, dentre outras, ou seja, apenas lhe caberia o exame da legalidade e da legitimidade do ato administrativo, em respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes⁷.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem minimizando a eficácia do princípio da separação dos poderes diante da omissão estatal na efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal^{8 9} possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes.

Ademais, a satisfação de direitos fundamentais sociais depende de recursos públicos disponíveis. Neste ponto, entra em cena outro princípio constitucional que deve ser considerado pelo Poder Judiciário, ao intervir no controle de políticas públicas, que é o princípio da reserva do possível.

Os recursos financeiros do orçamento público são finitos e insuficientes para implementação simultânea de todos os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição.

A crise da efetividade vivenciada pelos direitos fundamentais sociais possui ligação com a maior ou com a menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. A escassez dos recursos impõe uma deliberação

Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

⁷ TRF-5 - AC: 200881000047310, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 10/04/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 23/04/2014.

⁸ ARE 761127 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014.

⁹ RE 700227 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2013 PUBLIC 31-05-2013

responsável a respeito de sua destinação pelo Poder Legislativo e pelo Executivo, o que remete à necessidade de se buscar um aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral (SARLET, 2012, p. 354).

Para Sarlet (2012, p. 356), existe um dever constitucional de todos os órgãos estatais e agentes políticos de maximizar os recursos e de minimizar o impacto da reserva do possível, o que significa que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia. Entretanto, reconhece que, muitas vezes, a reserva do possível tem sido utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e como desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Mas se os recursos do orçamento público são insuficientes para atender a todos os direitos sociais, quais são as omissões constitucionais dos poderes políticos majoritários que podem ensejar a intervenção do Poder Judiciário?

Não é tarefa fácil a resposta. O campo no qual o Poder Judiciário pode intervir no poder discricionário, para escolhas de bens sociais que devem ser garantidos, deve ser identificado em harmonia com os princípios constitucionais da reserva do possível e da separação dos poderes.

O contraponto necessário para balizar a intervenção nos princípios constitucionais da reserva do possível e da separação dos poderes é o princípio da dignidade da pessoa humana, que reconhece o ser humano como centro e como finalidade da existência e, por conseguinte, indica que não basta que o Estado garanta a vida, sendo também necessário que garanta a vida digna (SILVA; MASSON, 2015, p. 180).

O princípio da dignidade da pessoa humana tem íntima vinculação com os direitos fundamentais sociais. Sarlet (2012, p. 94) revela que este princípio vem sendo considerado como fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que, com base nesta, devem ser interpretados.

Como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, surge a garantia de um patamar existencial mínimo, sendo que, na elucidação de mínimo existencial, é que se pode encontrar o fundamento para o controle jurisdicional das políticas públicas.

Na dogmática jurídica, o mínimo existencial é reconhecido como princípio constitucional, devendo ser entendido como o conjunto de condições elementares que garantem a dignidade do ser humano, de forma que a subsistência dele seja respeitada (SILVA; MASSON, 2015, p. 181). Vai além do mínimo vital ou de um mínimo de

sobrevivência, ou seja, constitui, para o ser humano, o direito subjetivo de existência de uma vida digna.

Seja qual for o enfoque, o mínimo existencial funciona como uma cláusula de barreira no campo das políticas públicas, que impede a discricionariedade do agente público na escolha de bens que não atendam condições dignas de existência do ser humano.

Esclarece Alexy que:

A dignidade humana tem precedência sobre as possibilidades financeiras quando o mínimo existencial não se vê garantido. Sob essa condição, o Estado é peremptoriamente obrigado a assegurar o mínimo existencial; o indivíduo tem um direito indiscutível a isso, e o tribunal constitucional se vê definitivamente obrigado a condenar o Estado se não cumprir este dever estatal. O modo como se operam as regras de mínimo existencial – igual em conteúdo e apenas distinto em estrutura – é, de fato, por subsunção. Mas as regras que se espera sejam aplicadas como forma de subsunção não são exclusivamente resultado do balanceamento, mas elas também dependem continuamente de balanceamento. (ALEXY, 2015, p. 177).

Neste sentido, Sarlet anota sobre o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da estreita ligação do mínimo existencial e do controle de políticas públicas em direitos fundamentais sociais:

Já no que diz respeito à assim chamada dimensão positiva (prestacional) do direito ao mínimo existencial, o STF tem consolidado o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Sem que se tenha aqui a pretensão de avaliar se e em que medida o STF tem julgado de modo uniforme e mesmo coerente tais questões, o fato é que pelo menos no que diz com o direito à saúde e o direito à educação (no caso do direito à moradia não se registra julgado assegurando um direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado) já são várias as decisões reconhecendo um dever de prestação, inclusive em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal. (SARLET, 2012, p. 322).

Não significa, contudo, que qualquer violação de direito fundamental social autoriza a intervenção do Poder Judiciário, mas a inércia estatal na promoção de prestações necessárias para a garantia do mínimo existencial reclama do Poder Judiciário, quando

provocado, sua atuação para equacionar a questão em consonância com os demais princípios e com as regras constitucionais fundamentais.

Nesta seara de colisão de princípios, somente a racionalidade da argumentação jurídica pode legitimar a atuação do Poder Judiciário sem que sua intervenção nas políticas públicas represente uma afronta á teoria da separação dos poderes, da reserva do possível e do mínimo existencial.

E nessa linha de raciocínio, é difícil encontrar o ponto de equilíbrio para o Poder Judiciário atuar no controle jurisdicional de políticas públicas, porquanto, a observância do princípio constitucional da proporcionalidade, positivado no novo Código de Processo Civil, assume relevo para atuar como parâmetro necessário para solucionar a colisão dos princípios mencionados e permitir a necessária efetivação dos direitos fundamentais sociais.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A elaboração do novo Código de Processo Civil foi baseada no modelo constitucional de processo, estabelecido pela Carta de 1988, o que legitima formal e materialmente suas disposições legais.

A opção legislativa está expressa no primeiro artigo do novo *Codex*, ao anunciar que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil é composta por normas fundamentais, constituídas de regras e princípios. O critério qualitativo adotado por Alexy (ALEXY, 2008, p. 85) é o que melhor distingue as espécies de normas constitucionais de direitos fundamentais.

Na concepção do doutrinador alemão, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídica e fáticas existentes (ALEXY, 2008, p. 90).

Já as regras são determinações que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos (ALEXY, 2008, p. 91).

No capítulo destinado às normas fundamentais do processo, o legislador utilizou tanto de princípios¹⁰ como de regras¹¹, seguindo a tradição dos direitos fundamentais hodiernos.

O legislador, atento quanto à possibilidade do juiz ter a necessidade de solucionar conflitos jurídicos decorrentes da colisão de normas fundamentais, seja na interpretação das normas do Código, seja na aplicação ou interpretação do ordenamento jurídico em vigor, constituído por regras e princípios, realizou opção pelo princípio da proporcionalidade.

Dentro do capítulo em que aborda as normas fundamentais do Código, no artigo 8º, o legislador preconiza que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A leitura do mencionado dispositivo evidencia que “a ‘metodologia da proporcionalidade’ será empregada pelo Judiciário nos casos de aplicação de princípio” (THEODORO JÚNIOR, *et al.*, 2015, p. 61).

Em análise ao mencionado dispositivo, Carneiro entende que “a razoabilidade e a proporcionalidade são expressões próximas e muitas vezes utilizadas no mesmo sentido, aliás, é assim que devem ser tratadas no novo Código, ou seja, como normas de ponderação [...]” (CARNEIRO, 2015, p. 76).

O princípio da proporcionalidade, reconhecido pela doutrina constitucionalista como princípio implícito, teve sua inclusão expressa no Novo CPC, devendo nortear toda a atividade jurisdicional. Santana reconhece a adoção expressa da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil, apontando que:

[...] no caso de haver aparente conflito entre princípios/direitos previstos constitucionais (e também previstos no novo CPC), o operador do direito poderá socorrer-se dos critérios de ponderação (Robert Alexy), como o fim de buscar qual deverá ser aplicado, solução que poderá ser efetivada pelo exame da preponderância de cada direito e eventual cedência a ser aplicada no caso concreto. (SANTANA, 2014, p. 23-24).

¹⁰CPC/2015 Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹¹CPC/2015 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A imposição expressa de observância do princípio da proporcionalidade acompanha a opção realizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹² para a solução de colisão de princípios constitucionais, baseada no intenso esforço de Robert Alexy na análise da jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional Federal.

Os juristas Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron comentam a opção do legislador:

Tal procedimento teórico é na realidade uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, que se seguida conduziria a decisões dotadas sempre de racionalidade. Nesse prisma, então, temos de acentuar que para Alexy a racionalidade de uma decisão se dá a partir de uma perspectiva formal, ou seja, se forem observados a sub-regras do método de proporcionalidade, independentemente do conteúdo concreto da decisão, esta deverá ser considerada racional. (THEODORO JÚNIOR, *et al.*, 2015, p. 423).

A opção do legislador pelo princípio da proporcionalidade para solução de conflitos de normas fundamentais, com base em uma teoria da argumentação jurídica que possa fornecer legitimação ao provimento jurisdicional, também é identificada no artigo 489, parágrafo 2º, que exige que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

A adoção do legislador pelo princípio da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil é registrada por Marinoni:

O novo Código menciona expressamente três postulados normativos: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação. A proporcionalidade é um postulado que visa a estruturar a aplicação de duas normas que se encontram em uma relação de meio e fim. O objetivo é preservar o máximo possível do princípio da liberdade, restringindo-se a esfera jurídica de determinada pessoa apenas naquilo que for necessário para a consecução do fim que deve ponderar. (MARINONI, p. 2015, p. 448).

¹²Dentre vários julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizaram da máxima da proporcionalidade, destacamos a Intervenção Federal n. 2.915-5 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29. O primeiro caso envolve o pedido de Intervenção Federal no Estado de São Paulo, por não pagamento de precatório alimentício. O segundo caso, sobre o reconhecimento da validade jurídica da aplicação de hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar n.º 135/10 aos casos em que os atos ou fatos passíveis de enquadramento tenha ocorrido anteriormente à edição da lei em comento.

Streck critica a opção do legislador, por adotar a proporcionalidade para solucionar conflitos de normas, já que a máxima adotada por Alexy era para a solução de princípios e não de regras:

Surpreende, portanto, que o novo CPC incorpore algo que não deu certo. Pior: não satisfeito em falar da ponderação, foi mais longe na tropelia epistêmica: fala em colisão entre normas (seria um abalroamento hermenêutico?) o que vai trazer maiores problemas ainda, pela simples razão de que, na linguagem jurídica, regras e princípios são... normas. E são. Já ninguém duvida disso. Logo, o que vai haver de “ponderação de regras” não tem limite. Ou seja, sem exageros, penso que o legislador cometeu um equívoco. Ou as tais “normas-que-entram-em-colisão” seriam os tais “postulados”, “meta-normas” pelas quais se faz qualquer coisa com o direito? Isso tem nome: risco de estado de natureza hermenêutico, eis o espectro que ronda, no mau sentido, o direito brasileiro. (STRECK, 2015).

Merece guarida a posição do mencionado jurista, no aspecto de que a regra da proporcionalidade de Robert Alexy foi concebida para solucionar a colisão entre princípios válidos dentro de um ordenamento jurídico. A regra, por ser definitiva e completa, não comportaria sopesamento. No sopesamento existe “a adoção do critério da proporcionalidade em sentido estrito, pois somente um dos princípios poderá ser realizado in concreto, sendo imperioso determinar qual deles o será, por ter o maior peso relativo” (GUERRA, 2011, p. 705).

Ocorre que os princípios, conforme demonstrado em tópico anterior, também possuem força normativa. Portanto, o fato de o legislador ter optado pela utilização da máxima da proporcionalidade para solucionar a colisão entre normas, não aumenta, obrigatoriamente, o espectro de aplicabilidade da máxima da proporcionalidade para a solução de conflitos de regras (BARROSO, 2014, p. 155).

Agora, se a opção do legislador foi por estender o princípio da proporcionalidade para a colisão de regras, esta também encontra amparo para solução de casos em que as regras são incompletas, possuindo caráter principiológico, o que indica que a aplicação de uma poderá restringir outra.

No entendimento de Marcelo Neves, Robert Alexy deixou uma brecha em sua teoria para permitir que a máxima da proporcionalidade também possa ser utilizada para solucionar colisão de regras. Neste sentido:

Daí por que as críticas acima feitas a Dworkin por ele negar uma dimensão de peso às regras também valem, de certa maneira, para Alexy. Embora a regra na sua formulação definitiva e completa, como fundamento imediato

de uma norma de decisão, só possa ser aplicada binariamente, ela é *prima facie* suscetível de comportar uma dimensão de peso e, portanto, de submeter-se a critérios de ponderação em um caso concreto. Sem dúvida, isso se relaciona com a existência de exceções, mas não só. Nesse sentido, Alexy deixa uma brecha quando admite a possibilidade referida acima, de que uma regra não possa ser aplicável “independentemente de sopesamentos”, afirmando que ela, nesse caso, é incompleta como regra. Acrescenta porém: “Na medida em que ela é incompleta nesse sentido, a decisão constitucional pressupõe um recurso a nível de princípios, com todas as incertezas que estão a eles vinculada”. Mas a questão que permanece diz respeito ao problema de definir quando uma regra se torna completa e se duas regras incompletas não podem colidir, sem que necessariamente se deva recorrer ao plano dos princípios. (NEVES, 2014, p. 65).

O doutrinador demonstra exemplos de conflitos de regras principiológicas constitucionais em nosso ordenamento, que podem demandar a utilização da máxima da proporcionalidade para sua solução:

Se considerarmos, por exemplo, o artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, que assegura a “revisão geral anual” da remuneração dos serviços públicos, a que se atribui uma regra cuja determinação tem sido entendida no sentido da exigência de recuperar a perda de valor decorrente da inflação, pode confrontá-la com regras constitucionais que exigem uma destinação e o desenvolvimento do ensino nas três esferas federativas (art. 212 da CF). [...] O equivalente ocorre na relação entre a regra do art. 19 da Lei da Responsabilidade Fiscal fundada no art. 160 da Constituição Federal, conforme a qual “a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida” de 50% na União e 60% nos Estados e Municípios, e a regra construída jurisprudencialmente pelo STJ, atribuída ao texto constitucional mediante interpretação extensiva do disposto no art. 37, incisos III e IV, do texto constitucional, segundo a qual, dentro das vagas estabelecidas no edital de concurso, os classificados devem ser, na ordem, nomeados. (NEVES, 2014, p. 78-80).

Do mesmo modo, Ávila (2012, p. 58-59) afirma que “a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto”.

O legislador, ao positivar a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade para solucionar colisão de normas, sejam elas princípios ou regras, utilizou-se da brecha deixada por Alexy, e, ainda, foi atento aos problemas da dogmática dos direitos fundamentais, em que o legislador se utiliza também de regras principiológicas, que são incompletas e dependem da proporcionalidade para sua aplicação quando colidem com outras da mesma natureza.

De outro modo, correta é a preocupação da doutrina quanto à utilização do princípio da proporcionalidade, especialmente para que as soluções que utilizem a máxima não se tornem fonte de decisionismo judicial intuitivo do juiz. Assim, necessário empreender esforços para que ocorra uma hermenêutica positiva para legitimar as decisões judiciais, o que é possível mediante uma argumentação jurídica idônea e constitucional, conforme assevera Sampaio Júnior:

Comprovou-se que no cenário atual é inadmissível pensar em Constituição que não tenha necessariamente força normativa e como os seus valores devem restar consagrados em toda a atividade judicante, inclusive com a certeza de que toda a interpretação, integração, e aplicação de normas se baseiam na Carta Magna, ou, dito de outro modo, toda a hermenêutica hoje é constitucional, a fundamentação é imprescindível para que essas linhas sejam materializadas e que a atuação do Poder Judiciário seja legítima, principalmente quando se impõe políticas públicas a serem realizadas pelos outros poderes. (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 117).

A preocupação com a necessidade de uma argumentação racional para legitimar uma decisão judicial, que resolve uma colisão de normas fundamentais, exigiu que o legislador demonstrasse que fundamentações genéricas não seriam suficientes em um modelo constitucional de processo. Neste passo, o legislador, no parágrafo 1º, do artigo 489 do novo Código, trouxe um exaustivo rol de situações em que a decisão judicial não apresenta uma fundamentação idônea.

Esta iniciativa do legislador em fomentar uma fundamentação idônea para as decisões judiciais fortalece a utilização da máxima da proporcionalidade, cujo controle de legitimidade será realizado através do raciocínio e da argumentação¹³ desenvolvidos na decisão.

4 OS BENEFÍCIOS DA UTILIZAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A questão a ser colocada é saber em que medida o princípio da proporcionalidade pode contribuir no âmbito da efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário.

Ocorre que a utilização do princípio da proporcionalidade, sem critérios claros, pode trazer consequências desastrosas para a intervenção do Poder Judiciário em princípios

¹³O jurista Robert Alexy desenvolveu uma teoria da argumentação. O esforço do jurista alemão consistiu em definir critérios para identificar se a argumentação e raciocínio é racionalmente justificável. Seu estudo foi exposto na obra com o título Teoria da argumentação jurídica.

constitucionais em rota de colisão, o que se verifica também na gestão judicial de políticas públicas, pois a decisão judicial pode padecer de legitimidade democrática e tornar fonte de ativismo judicial, prática hermenêutica negativa e que deve ser evitada no Estado Democrático de Direito.

Sarmiento registra o perigo do decisionismo judicial na solução de conflitos de princípios:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. (SARMENTO, 2007, p. 144).

A máxima da proporcionalidade proposta por Robert Alexy tem uma estrutura racionalmente definida, com máximas que devem ser aplicadas de forma sucessiva em busca de uma fundamentação racional para solução da tensão entre princípios. No âmbito do Poder Judiciário, deve ser evitada a hermenêutica negativa do decisionismo judicial¹⁴, em que o magistrado decide por intuição e rejeita os valores consubstanciados pelas opções do legislador.

Para evitar uma hermenêutica negativa, a máxima da proporcionalidade abordada por Robert Alexy necessita seguir uma ordem sucessiva de sub-regras para sua aplicação, trazendo segurança jurídica ao jurisdicionado na interpretação criativa do juiz, na construção da norma jurídica para o caso concreto.

¹⁴ A expressão aqui utilizada tem sentido de noticiar o movimento denominado ativismo judicial, em que juízes passam impor as suas próprias concepções de justiça na solução dos conflitos de interesses, abandonando as normas jurídicas aplicáveis, invadindo a competência legislativa, trazendo insegurança jurídica para Estado Democrático de Direito. Não se pode confundir a expressão com as ideias de decisionismo de Carl Schmitte de norma hipotética fundamental em Hans Kelsen, que demonstram que o direito ao menos quanto ao fim a que se destina, é algo diverso do poder.

Verificou-se que a regra da proporcionalidade possui três sub-regras parciais, sendo que mais importante que a terminologia sobre este princípio, é a correta compreensão das máximas parciais que estruturam a forma de aplicação da proporcionalidade para solucionar a colisão de direitos fundamentais.

Na sub-regra da adequação, aborda-se se a intervenção em um direito fundamental é apta a efetivar um fim constitucionalmente legítimo, ou seja, a análise entre o meio e o fim. A sub-regra da necessidade averigua se existe meios alternativos que possam realizar igualmente o fim desejado, sem a necessidade de restrição de outros direitos fundamentais. Por fim, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2012, p. 185).

Neste sentido, Grinover dispõe sobre as sub-regras da proporcionalidade:

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho sustentou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõe a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*) importando na justa medida entre os meios e fins. (GRINOVER, 2013, p. 133).

Para Ronald Dworkin, citado por Oliveira (2012, p. 165), há uma única resposta correta para os casos difíceis e não apenas respostas diferentes. Casos difíceis seriam, na discussão anglo-americana, situações de aplicação em que não haveria uma regra específica ou clara a reger, em princípio, um caso concreto submetido à apreciação judicial.

Sem dúvida, a intervenção do Poder Judiciário na gestão de políticas públicas trata-se de casos difíceis, pois não existe uma regra pronta para identificar em quais situações o *judicial review* está autorizado.

A utilização da regra da proporcionalidade no campo das políticas públicas é reconhecida por outros estudos realizados sobre o tema. Neste sentido Leal:

As Políticas Públicas podem ser consideradas como um *locus* privilegiado de aplicação do princípio da proporcionalidade, pois, enquanto instrumento de atuação (política) voltados à realização dos direitos fundamentais (jurídicos), tem-se configurada, nelas, uma hipótese em que a realização do Direito se dá por meio de opções/escolhas políticas, associadas à noção de discricionariedade, tradicionalmente “imune” ao controle e à ingerência do Poder Judiciário. (LEAL, 2015, p. 144).

A investigação realizada por Sarlet também indicou a utilização da regra da proporcionalidade como instrumento privilegiado para a gestão de políticas públicas pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário:

Neste contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais (e dos particulares, se e quando for o caso, como ocorre especialmente nas hipóteses de prestação de serviços públicos por delegação) e que incide na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. (SARLET, 2012, p. 357).

Assim, a tensão permanente entre os princípios constitucionais da separação dos poderes, da reserva do possível e do mínimo existencial no campo das políticas públicas, encontra na regra da proporcionalidade um parâmetro democrático para a gestão jurisdicional de políticas públicas pelo Poder Legislativo e pelo Executivo e para o controle jurisdicional a ser exercido pelo Poder Judiciário, conforme autorização constitucional permeada no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

De acordo com a regra da proporcionalidade, poderá ser definido, após a concatenação de suas sub-regras, se a intervenção encontrar a legitimidade democrática estabelecida no plano constitucional, mediante a construção de um provimento jurisdicional com argumentação racional.

5 CONCLUSÕES

A intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais vem sendo denominada de “judicialização da política”. Só que a “judicialização da política” não pode ser confundida com o fenômeno denominado “ativismo judicial”. Enquanto a “judicialização da política” representa um fenômeno atual de efetivação pelo Poder Judiciário de direitos fundamentais em razão da inércia do Poder Legislativo e do Executivo, possuindo para tal legitimidade constitucional, o “ativismo judicial” representa a atuação dos juízes como legislador positivo, no intuito de elaborarem um novo direito, com base em suas próprias concepções de justiça, prática para a qual não possuem legitimidade.

A abdicação do Poder Legislativo e do Executivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais estabelecidos na Constituição Federal implica na renúncia em reconhecê-los como verdadeiros direitos. Assim, os que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e de obrigações, admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.

O novo Código de Processo Civil deve ser lido pelos juristas em sua concepção formal e material, como um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, vez que foi construído sob a égide de valores constitucionais que buscam a construção de um Estado Democrático e Social de Direito.

A positivação do princípio da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil atende ao modelo constitucional de processo imposto pela Carta Maior, possuindo o legislador legitimidade formal e material.

O legislador adotou expressamente o princípio da proporcionalidade para solucionar conflitos jurídicos decorrentes da colisão de normas fundamentais, seja na interpretação das normas do Código, seja na aplicação ou na interpretação do ordenamento jurídico em vigor, constituído por regras e princípios.

O controle jurisdicional de políticas públicas, mediante a adoção da regra da proporcionalidade, é justificável e constitucionalmente legítimo. Entretanto, se a intervenção for realizada sem a solução da tensão existente entre os princípios constitucionais da separação dos poderes, da reserva do possível e do mínimo existencial, será desproporcional e não encontrará legitimidade no plano constitucional.

Na utilização da máxima da proporcionalidade, espera o legislador que o juiz, ao construir a norma para o caso concreto em que exista colisão de princípios ou regras incompletas, forneça uma fundamentação racional da decisão, baseada em uma argumentação

jurídica idônea e constitucional, que leve em consideração as condições jurídicas e fáticas do caso, que justificariam a restrição de um direito fundamental.

A efetivação dos direitos sociais, seja no âmbito do processo individual ou do coletivo, foi beneficiado com a positivação da regra da proporcionalidade no texto do novo Código de Processo Civil, o que reforçou a ideia de vinculação não somente do Estado-juiz, mas de todos aqueles que participam do processo, constituindo um grupo de trabalho voltado para a efetivação dos direitos fundamentais.

Contudo, o sucesso do novo Código dependerá da sensibilidade dos profissionais do Direito na compreensão das novas bases científicas do processo, estabelecidas pelo legislador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. Cap. 2. p. 165-178.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 59-85, jun. 2012. Semestral. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/judicializacao-politica-controle-judicial-de-politicas-publicas>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 357-409.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 58-89.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010. p. 1-20.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Cap. 5. p. 125-150.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.691-712, ago. 2011.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LAGES, Cíntia Garabini. A natureza normativa do preâmbulo da Constituição de 1988. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010. Cap. 6. p. 105-124.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A Dignidade Humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e parâmetro para o controle j. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. Cap. 1. p. 143-163.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais sociais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. Cap. 2. p. 267-290.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

PEDROSA, Laurício. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; BARRETO, Ricardo Menna. **Teoria crítica dos direitos fundamentais**. Salvador: Dois de Julho, 2015. Cap. 1. p. 13-34.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I (Org.) **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Constitucional**: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Vírgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, n. 91, p.23-50, abr. 2002. Mensal.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. Cap. 2. p. 179-214.

STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Consultor Jurídico**. São Paulo, p. 1-10. 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e Sitematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e os Estado Democrático: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Cap. 2. p. 33-72.