

# A (DES)MOTIVAÇÃO JUDICIAL COM CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO NOVO CPC E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

## *A JUDICIAL DEMOTIVATED / MOTIVATION WITH UNDERSIGNED LEGAL CONCEPTS IN THE NEW CPC AND PUBLIC POLICY JUDICIALIZATION*

**Denise dos Santos Vasconcelos Silva**

Professora Substituta de Legislação Trabalhista e  
Previdenciária da Universidade Federal do Ceará  
Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa  
(denisevasconcelos\_@hotmail.com)

**RESUMO:** Os direitos fundamentais sociais efetivam-se através da execução de políticas públicas, primando por excelência à preservação da dignidade da pessoa humana e possuindo alta carga valorativa, sendo assim, buscam-se mecanismos legitimadores para as sentenças judiciais de controle de políticas públicas, no caso de inércia do Executivo/Legislativo, compatibilizando a densidade principiológica do mínimo existencial com o art. 489, §1º, II do Novo CPC, que veda os conceitos jurídicos indeterminados.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais; Políticas públicas; Dignidade da pessoa humana; Mínimo existencial; Sentença judicial; Dever de fundamentação judicial.

**ABSTRACT:** *Social fundamental rights are effectively done through the implementation of public policies, striving for excellence to preserve dignity of the human being having a high load in value, therefore, seeking legal mechanisms for judicial decisions of public policy control in the case inertia of the Executive/Legislative, aligning the principle contained in the art. 489, § 1Th, II of the New CPC, which prohibits indeterminate legal concepts.*

**Keywords:** *social fundamental rights; public policy; dignity of human person; existential minimum; judicial sentence; duty of judicial reasoning.*

## INTRODUÇÃO

O Princípio da inafastabilidade judicial está consagrado no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal – CF ao consagrar: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, ideia de “acesso à ordem jurídica justa” ou “acesso à tutela jurisdicional adequada, encontra-se fundada em vários ideais (CINTRA, 2013. p. 39-41), como e abolir obstáculos para o acesso amplo ao processo, principalmente no quesito econômico (MARINONI, 2000. p. 29-31); mas principalmente, dotar a decisão de justiça, não no sentido subjetivo e indeterminado da justiça e aplicação da equidade, que é restrita apenas aos casos trazidos em Lei, conforme art. 127 do Código de Processo Civil brasileiro – CPC e art. 140, parágrafo único do Código de Processo Civil – Novo CPC, e sim aplicar a Lei levando em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais (NEVES, 2014. p. 24).

Ocorre que os direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais também chamados de “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2011.p. 99) ou “normas objetivas de princípios”, são direitos em que o Estado deve fazer/oferecer vinculado a uma ação estatal, caracterizando-se pela gradualidade de sua realização, por sua dependência financeira do orçamento do Estado e pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas públicas de realização dos direitos sociais (CANOTILHO, 2008. p. 105-109). Sendo formas concretas de agir em razão dos interesses da comunidade de modo a alcançar a justiça social e o desenvolvimento econômico/social (GARCIA, 2009. p. 129-130), pois constituem exigência inarredável da efetiva garantia da igualdade de chances inerentes à noção de Democracia e um Estado Democrático de Direito (SARLET, 2001. p. 71).

Em suma, os direitos sociais requerem fundamentalmente que o Executivo e o Legislativo se esforcem para garantir em “medida razoável” através da ordenação de “programas” ou “políticas” de implementação esses direitos/garantias fundamentais (QUEIROZ, 2006. p. 212), que devem estabelecer um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade

(DWORKI, 2002. p. 36), fundando-se na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente (COMPARATO, 1997. p. 351) e que devem ser capazes de cumprir os direitos sociais previstos peremptoriamente no texto constitucional. Entretanto, desenvolvimento dessas ações governamentais induzem as políticas públicas em três grandes campos (FIGUEIREDO, 2007. p. 73): 1) econômico (dependerá dos recursos públicos disponíveis (KRELL, 2002. p. 22) / não há direitos sem custos (GALDINO, 2005. p. 346); 2) político (o estado encarrega-se de priorizar as despesas, já que não é possível atender todas as demandas sociais - decisão política); e 3) social (é primordial para a realização de uma vida democrática, a efetiva assunção pelo povo como sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício(OLIVEIRA, 2010. p. 74 s/s).

De todo modo, em muitos casos, os poderes Executivo e Legislativo, eleitos pelo povo, que deveriam precipuamente desenvolver, aprovar e implementar essas políticas públicas de efetivação dos direitos sociais, se mostram incapazes e inertes, restando aos cidadãos procurar o Judiciário. Ora, os direitos sociais estão previstos na norma de maior hierarquia e densidade político-jurídica: a Constituição, não devendo ser tratadas como “cláusulas adormecidas” (GARGARELLA, 2010. p. 12). Sendo assim, espera-se que se elas não forem observadas espontaneamente, esta situação deve ser revertida por meio da coercibilidade dos Poderes inertes pelos juízes, que devido ao princípio da inafastabilidade judicial, analisará a demanda e será ainda, um “guardião das promessas” (GARAPOM, 2001) feitas nas constituições a fim de verificar se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas e se estão atingindo os objetivos almejados, devendo agir assim quando ocorrer inoperância dos outros poderes (ESTEVEES, 2007. p. 75).

## **2 POLÍTICAS PÚBLICAS: INEFICIÊNCIA ESTATAL, ATIVISMO JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA**

Jusitifica-se o presente trabalho em razão do crescimento do poder de atuação do controle da decisão judicial em nossa realidade, demonstrando a tomada de consciência de que o estado tem o dever de dar proteção efetiva aos direitos

## THEMIS

(MARINONI, . p. 120-121), o Tribunal Federal – STF já entendeu que quando ele para suprir omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição transgredida, desrespeitada e violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir sua missão constitucional de respeito incondicional pela autoridade da Lei Fundamental da República, então essas eventuais práticas de ativismo judicial do STF, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema, em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos tratando-se nesses casos, de comportamentos estatais ofensivos à Constituição em que o Poder Judiciário não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (ADI 4277/DFe RE 738255/AP), não se configurando, nesses casos, em violação ao princípio da separação de poderes (ARE 891418/MG e AI 692541/SP).

Buscamos, assim, entender os mecanismos da decisão judicial de controle a essas políticas públicas de efetivação dos direitos sociais e apontar caminhos que ofereçam legitimidade e que tragam novas possibilidades nesse campo de investigação levando em conta os princípios da fundamentação da sentença judicial e dever de motivação, garantindo pelo art. 93, inciso IX da CF e . 489 do Novo CPC.

O art. 93, inciso IX da CF determina que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas sob pena de nulidade e o art. 458 do Código de Processo Civil – CPC dispõe que a sentença deve ter como elementos o relatório, os fundamentos e o dispositivo, 1) o relatório é um resumo da demanda, no qual o juiz indicará as partes, uma breve suma do pedido e da defesa e a descrição dos principais atos praticados no processo, a ausência de relatório gera para maioria da doutrina nulidade absoluta, presumindo-se que o juiz ao deixar de realizar o relatório não tem conhecimento pleno da demanda que está julgando (NEVES, 2014. p. 513-514), entretanto existem doutrinadores que defendem que tal situação enseja apenas nulidade relativa (CINTRA, 2001), haja vista ser possível uma decisão ser válida sem esse elemento, como no caso dos Juizados Especiais, em que o relatório é dispensado (art. 38 da nº 9.099/95), ademais, deve ser provado

o concreto prejuízo e que o juiz não teria o total conhecimento da demanda por meio de fundamentação inadequada ou insuficiente: 2) na fundamentação, o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a conclusão a que chegará no dispositivo (CINTRA, 2001), sendo sua ausência vício grave mas que não gera inexistência jurídica do ato, devendo ser tratada no plano da validade do ato judicial decisório, de forma que a sentença sem fundamentação enseja nulidade absoluta; e 3) no dispositivo é trazida a conclusão decisória da sentença, em que o julgador descreve suas razões de decidir, indicando os fundamentos que justifiquem a opção tomada no dispositivo, sendo a parte da sentença responsável pela geração de efeitos da decisão (NEVES, 2014, p. 514-515).

Já o Novo Código de Processo Civil – Novo CPC, traz idêntica redação no art. 489, entretanto vai além no âmbito da fundamentação, em seu § 1º, ao afirmar que não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Sendo assim, teremos como “corte do objeto”, a incidência do art. 489, § 1º, inciso II do Novo CPC que não considera fundamentada qualquer decisão judicial que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso e eventual decisão judicial de controle de políticas públicas.

### 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÍNIMO EXISTENCIAL: CONCEITOS INDETERMINADOS COM ALTA CARGA VALORATIVA?

Ora, os direitos fundamentais sociais, primam por excelência a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CF), que pode ser considerado o mínimo para uma “existência condigna”, referindo-se não apenas à mera sobrevivência fisiológica e psíquica, mas também ao livre desenvolvimento da personalidade e à inclusão na sociedade (ANDRADE, 2004), sendo um direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistências mínimas/conjunto de condições básicas com eficácia jurídica e simétrica, constituindo-se como verdadeiros direitos subjetivos que permitem o indivíduo exigir judicialmente do Estado dada prestação em seu benefício (PIMENTA, 2012) em caso de inobservância, justificando-se a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para “corrigir seus rumos” ou implementá-las (BARCELOS, 2002. p. 248-253).

Sendo assim, haverá a possibilidade do Judiciário intervir em casos pontuais em políticas públicas, se essas asseguram direitos fundamentais sociais intimamente relacionados com o “*minimum core*” e o art. 489, § 1º, inciso II do Novo CPC não considera fundamentada qualquer decisão judicial que empregar conceitos jurídicos indeterminados? Como conceituar e mensurar o bem-estar moralmente aceitável? Qual seria o conceito de mínimo existencial e de dignidade da pessoa humana? É interessante mencionar que o entendimento do STF, com base no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana de 1948, retira a noção de “mínimo existencial” do complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (ARE 728255/BA e ARE 887232/RJ).

Observa-se assim, que muitas vezes, o juiz estará diante de um caso

concreto de análise/apreciação de políticas públicas e como as mesmas devem assegurar direitos fundamentais que tem uma alta densidade principiológica, poderá precisar valer-se da racionalidade, moral, ética, bom senso, equidade etc., que são um conjunto de conceitos de natureza filosófica que tem valores indeterminados (MELO, 2013. p. 983), por isso a interpretação dos direitos é um dos campos mais férteis para a criação judicial, dada a abertura, a indeterminação e a forte carga valorativa dos preceitos que a consagram (PEREIRA, 2006. p. 40), e por certo em alguns casos os juízes apresentam sua vontade em vez de seu julgamento (DIMOULIS, 2013. p. 28), ou seja, agem como um “cego aplicador da lei” com base nesses “valores e princípios indeterminados” para decidirem o que bem entendem, situação esta que não deve ocorrer haja vista que os direitos fundamentais são bens jurídicos que contêm valores objetivos (SCHNEIDER, 1979. p. 221)

#### **4 MECANISMOS LEGITIMADORES DA SENTENÇA JUDICIAL DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Seguindo essa lógica, o presente estudo buscará responder: no caso das políticas públicas para efetivar os direitos sociais, em que via de regra, o Executivo deveria elaborar e implementar políticas públicas a fim de concretizá-los; o Legislativo deveria aprovar leis gerais e abstratas e aprovar despesas e gastos públicos de acordo com as políticas públicas adotadas pelo Executivo, no caso de não observância dessa sistemática, como o Judiciário decidirá acerca desse direito violado posto à sua apreciação? Como saber se essas decisões são legítimas? (SILVA, 2013. p. 4.375).

Partimos do pressuposto que os direitos sociais concretizados pelas políticas públicas são direitos fundamentais/“mandamentos de otimização”, que devem ser realizados da maneira melhor possível (ALEXY, 2011) e impõem a todos os órgãos estatais, inclusive o Judiciário, a tarefa de imprimir às normas de direitos fundamentais a maior efetividade e eficácia possível, força do art. 5º, § 1º da CF,

## THEMIS

não podendo ser considerado enunciado sem força normativa (SARLET, 2001, p. 98-99). Desta feita, cabe ao Juiz, harmonizar os ideais de democracia e direitos fundamentais até um “ponto ótimo” de equilíbrio institucional e desenvolvimento da sociedade política, sendo tal ponto a medida de sucesso de uma Constituição (BINENBOJM, 2010. p. 48), um reconhecimento definitivo de sua positividade normatividade e concretude por obra das Constituições (BONAVIDES, 2013. p. 294), tendo uma “textura aberta”, em que sua legitimidade entrevê-se na ideia dos princípios consagrando valores como liberdade, democracia, dignidade etc., os quais são fundamentos da ordem jurídica e dispõem de capacidade deontológica de justificação (CANOTILHO, 2003. p. 1.089).

Se os direitos fundamentais sociais, assegurados pelas políticas públicas são os valores dignificantes de todo o direito constituindo o próprio reconhecimento da força normativa da Constituição (BRITO, 2003. p.180-181), assim, o Juiz no papel de fiscalizador e conseqüente interpretador dos direitos fundamentais sociais ali reclamados, poderá ter uma postura mais ativa mesmo sem legitimidade democrática? Haveria critérios para o Juiz utilizar na interpretação da norma? (MÜLLER, , 2005. p. 41) Como dotar essa decisão de uma maior racionalidade/ legitimidade?

### *4.1 Judiciário com mandado democrático para intervir em políticas públicas?*

Muitos estudiosos, como Appio, nos lembram que as funções de cada Poder estatal são bem delineadas, cabendo aos representantes eleitos pelo povo a escolha da decisão política que melhor atenda o interesse da maioria, em especial as opções de implantação de políticas públicas sociais (APPIO, 2010. p. 151), caso contrário, estaríamos diante do judiciário que é um corpo não eleito (*judicial review*) (DWORKIN, 2010. p. 5-8), dizendo aos representantes eleitos pela população que eles não poderão governar como gostaria (ELY, 2010. p. 5-8), ou seja, seria a substituição de um ato de vontade dos governos eleitos por um ato de vontade dos juízes não eleitos (CUNHA JÚNIOR, 2004. p. 353) (incompetência institucional

dos juízes – CAPPELLETTI, 1993. p 86-87), pois não se submeteram a um processo de escolha democrática majoritária, e por essa razão não teriam legitimidade para fazer ou alterar políticas públicas estabelecidas pelo Executivo e Legislativo, porque não seria coerente dizer que o Judiciário tem capacidade e condições de decidir o que é melhor para a sociedade do que os Poderes que foram eleitos pelo povo (MACHADO, 2005. p. 43).

Entretanto, devemos levar em conta que muitos cidadãos, principalmente no Brasil, não se sentem representados de fato pelos membros do Legislativo, havendo um abismo entre o eleitor e o representante, situação decorrente da ausência de concretização das necessidades primordiais do cidadão, como igualdade, moradia, lazer, educação, saúde e segurança, a corrupção, falta de fidelidade partidária, altos tributos etc. Observa-se que esta intensa atuação da jurisdição constitucional nas sociedades contemporâneas, como mecanismo de concretização dos direitos constitucionais, é o que alguns doutrinadores chamam de “ativismo judicial”; “judicialização da política”; “politização do judiciário” (CITTADINO, 2002. p. 18); “juristocracia” (HIRSCHL, 2004); “supremocracia” (VIEIRA, 2008. p. 444-445) etc., atitudes manifestas quando atribuímos ao Judiciário a aplicação de modo imediato das normas que configuram condições para um bom funcionamento da vida democrática, bem como as normas que, formalmente, são passíveis de tal aplicação, estamos buscando concretizar a nossa “democracia deliberativa” (SOUZA NETO, 2006. p. 281) e não é porque os juízes não são eleitos que a jurisdição pode vir a ser antidemocrática, mas sim porque exercem a administração da justiça de costas e na contramão do público deliberativo (CITTADINO, 2015, p. 10), de modo que o ativismo judicial na área de direitos sociais não deixa de lado o critério democrático (SUNSTEIN, 2004. p. 228), pois é notório, que atualmente vivemos uma “crise da democracia representativa” e o Poder Judiciário ao analisar e fiscalizar as políticas públicas traz ganhos para a democracia no sentido em que fornece mais legitimidade ao sistema representativo (JORGE NETO, 2008. p. 66), de modo que o parlamento representa o cidadão politicamente e o tribunal constitucional argumentativamente (ALEXY, 1999. p. 55-66).

## THEMIS

### *4.2 Judiciário “fazendo a ponte” entre o direito e a sociedade conforme Hart*

Sendo assim, deve-se buscar um ponto ótimo entre os ideais de democracia, cidadania e dos direitos fundamentais, para que haja um equilíbrio institucional e o desenvolvimento de uma sociedade política, sendo este ponto a medida de sucesso de uma Constituição (BINENBOJM, 2010, p. 48.), pra isso, é interessante pontuar que o legislador não tem como prever todas as circunstâncias futuras na hora da criação da norma, podendo haver casos em que caberá ao Juiz responsabilidade de fazer a ponte entre o direito e a sociedade, “criando o direito” e tendo margem de flexibilização à regulação das relações sociais (BINENBOJM, 2010, p. 48.), mas será que aceitar, por exemplo, uma suposta interpretação judicial não é aceitar uma ideia de algo acima de qualquer coisa e pessoa, e acima do Estado Democrático de Direito? Essa “adoção de poderes ilimitados ao juiz” não daria margem para uma possível tirania? estes argumentos foram levantados por alguns autores ao afirmarem que uma concepção decisionista da jurisdição contribui para a compreensão das Cortes Constitucionais como poderes constituintes permanentes e um Tribunal não pode mudar a Constituição, nem “inventar” o direito pois este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional em uma democracia (STRECK; OLIVEIRA; LIMA). Mas para Hart, ao Juiz é facultado eleger alternativas razoáveis, e não indiscriminada, dando a ele a permissão de uma reflexão maior sobre as circunstâncias do caso concreto, mas este deverá agir com “imparcialidade e neutralidade” ao examinar as alternativas, levando em consideração os interesses de todos os que serão afetados e preocupando-se com a colocação de um princípio geral aceitável (HART, 2007).

### *4.3 (Im)possibilidade de utilização de argumentos políticos no controle judicial de políticas públicas na perspectiva de Dworkin*

Ademais, Dworkin procura estabelecer parâmetros para o Juiz garantir os direitos, assegurando a racionalidade e previsibilidade de suas decisões, procurando

responder ao questionamento: Os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos? (DWORKIN, 2005). Para tanto, Dworkin distingue os fundamentos das decisões em “argumentos de princípios” (ligados às exigências de justiça ou outro padrão de moralidade e similar aos princípios constitucionais) e em “argumentos políticos” (exigem decisão particular promovendo alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público, estas estariam no âmbito da discricionariedade do legislador e dos administradores, possuindo relação com a conveniência e oportunidade das políticas públicas), nessa perspectiva, nas escolhas e decisões que estabeleceram as políticas públicas para o caso, os juízes devem observar e fundamentar suas decisões em precedentes sobre o tema, com base em “argumentos de princípios”, sem levar em conta os “argumentos políticos” (DWORKIN, 2010, p. 292), vejamos um caso hipotético: se o Juiz estiver diante de um caso que envolve o direito à saúde, não poderá deixar de assegurar o mencionado direito alegando, por exemplo, que o tratamento hospitalar ou fornecimento do medicamento está fora das políticas públicas adotadas pelo Estado, o Juiz pode negar o direito pretendido com base em “argumentos de princípios” e não em argumentos políticos e/ou econômicos e/ou de políticas públicas (JORGE NETO, 2008. p. 99), pois é função exclusiva dos representantes do povo (DWORKIN, 2002, p. 132).

Então, o Judiciário deve assegurar a implementação de políticas públicas, limitando-as e conformando-as, utilizando apenas “argumentos de princípios”, assim o Juiz não estará questionando as políticas públicas, em si, mas apenas os direitos que elas visam a assegurar, o que o Juiz não pode é decidir acerca desses direitos estabelecendo, ele mesmo, as políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos, já escolhidas pelo legislador e o administrador, nem planejar as políticas públicas por eles (ORKIN, 2005, p. 101), podendo o juiz, determinar que o poder público programe uma política pública “melhor possível” dentro de um espaço razoável de tempo e respeitadas as limitações materiais apresentadas e comprovadas pelo poder público, pois se o Juiz invade essa esfera da “substância”, tal conduta não seria compatível com a democracia (DWORKIN, 2005, p. 84).

### 5 PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA FORMAÇÃO DA MOTIVAÇÃO / CONVICÇÃO JUDICIAL: A SOCIEDADE ABERTA AOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO E O AUDITÓRIO UNIVERSAL

Ressalta-se que para a concretização dos direitos fundamentais, papel determinante/imprescindível do Judiciário será sua capacidade de percepção dos valores sociais (SCHMITT, 2007. p. 217), fazendo-se necessário, além de não interferir em questões iminentemente políticas, descobrir o significado, alcance, conteúdo das normas e sistematizar critérios, métodos, regras para apontar caminhos que ofereçam legitimidade às decisões judiciais, não deve empregar apenas a interpretação gramatical ou literal (análise restrita da síntese do texto), já que é visível que a função do cientista do direito não é a mera transcrição das normas, já que essas se agrupam em uma globalidade (CANOTILHO, 2003, p. 162)/sistema (BOBBIO, 1991. p. 71), não se tratando de um mero somatório de regras avulsas ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si (MIRANDA, 2014. t. I, p. 197).

Por isso, as hipóteses centrais deste estudo é que o Estado Constitucional Democrático de Direito precisa ser protegido e garantido pelos governantes, legisladores e juízes, mas não só por eles, como também por todos os governados, por meio da efetiva participação no processo de formação da vontade pública e na construção dos valores jurídicos, porque o direito não é um sistema fechado mas um sistema aberto para os discursos morais (MOREIRA, 2004. p. 74), em que o conhecimento se dê na intersubjetividade da comunidade de conhecedores (HABERMAS, 2003. v. I, p. 27).

Sob esse raciocínio, haverá casos de políticas públicas de efetivação de direitos fundamentais, que se exigirá uma “construção/interpretação”, como caráter decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição (HESSE, 1991. p. 22) e coerência interna do ordenamento (SARLET, 2012. p. 120), e visando fornecer mecanismos que possam fornecer maior legitimidade nas decisões

judiciais de controle das políticas públicas, que embora sejam ações que efetivam por excelência direitos fundamentais sociais esculpidos sob o princípio do mínimo existencial, com grande caráter de abstração, deve obedecer ao mandamento do art. 489, § 1º, inciso II do Novo CPC que não considera fundamentada qualquer decisão judicial que empregar conceitos jurídicos indeterminados.

Sendo assim, cada um dos poderes, inclusive o Judiciário, além de não interferir em questões iminentemente políticas para se legitimarem precisariam levar em conta o interesse do povo, lançando mão de argumentos conhecidos e respeitados por todos, como se fosse uma argumentação dirigida a um auditório universal, que são os destinatários das normas e de todas as ações estatais, o convencimento com pontos de discussão comum, assegurando a racionalidade da argumentação (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA. 1996. p. 16. PERELMAN, 2004. p. 220.) e o povo como instância global da atribuição de legitimidade democrática (MÜLLER, 2003. p. 60), assemelhando-se com o discurso dialético de Aristóteles, tratando-se por excelência do método da investigação científica (DALLA-ROSA, 2002. p. 66), fornecendo transparência e participação da sociedade nas decisões (CANARIS, 2002. p. 250).

Além de o juiz decidir com: soberania; racionalidade e previsibilidade, é interessante ainda, que todos os protagonistas da vida política que vivem sob o teto constitucional numa sociedade democrática (BOBBIO, 2002. p. 34) (cidadãos, associações, mídia, escolas, teatros, editoras, Igrejas etc.) participassem dos processos judiciais/legislativos como intérpretes da constituição, podendo discutir amplamente e dialogar em torno da Constituição (SAMPAIO, 2002. p. 93), antes de ter uma sentença final (HABERL, 2002. p. 9). Percebe-se assim na cena política do país, a existência de um ativismo judicial protagonizado por juízes de diferentes instâncias, estimulados por juristas, advogados, procuradores e atores políticos, que produz como resultado evidente a judicialização do sistema político, amparada inclusive em argumentos teóricos consistentemente formulados (TEIXEIRA, 2001. p. 86-87).

Ressalta-se que não vislumbramos o demasiado envolvimento dos movimentos sociais como algo que comprometa a independência do Juiz ou o

## THEMIS

exponha demasiadamente às influências populares, expectativas, pressões sociais ou ameaça a sua independência, pois essas influências também contêm uma parte de legitimação e evitam o livre-arbítrio da interpretação judicial (MORO, 2004. p. 31 s/s), ou seja, deve-se promover a tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão (GARGARELLA, 1996. p. 157).

## 6 CONCLUSÃO

Do que foi exposto, com base nas reflexões e ensinamentos de vários autores trazidos e visando trazer opções de (re)construção de mecanismos de legitimidade e autenticação da motivação judicial, pode-se concluir que o art. 489, § 1o, inciso II do Novo CPC, que não considera fundamentada qualquer decisão judicial que empregar conceitos jurídicos indeterminados, traz ganhos a sociedade, pois o Judiciário, não deve se impor pela força, mas pelo convencimento e sua congruência com o ordenamento jurídico vigente (FILARDI, 2012. p.11).

Sendo assim, o juiz deve buscar critérios de argumentação jurídica intersubjetiva, que não se restringe a lógica eminentemente formal e o uso de metafísicos ou abertos (NINO, 2005), se com a fundamentação e previsibilidade da sentença.

Consequentemente, haverá uma maior segurança na atividade jurisdicional para a efetividade dos direitos fundamentais sociais como proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente (SARMENTO, 2003. p. 105) e no caso de violação pelo Estado, o Judiciário além de produzir uma decisão com resultados individualmente e socialmente justos (CAPELLETTI, 2002. p. 8.), sem invadir espaço próprio de outros poderes (BRANCO, 2009. p. 15) e desmerecer as opções feitas pelos poderes políticos representativos, deverá valer-se das teorias de Haberle, Perelman e Olbrechts-Tyteca, para (re)pensar a interpretação judicial como algo em que o Juiz decidirá o grau máximo e melhor

de efetivação dos direitos fundamentais, com base em “argumentos de princípios” de justiça e moralidade social, não podendo valer-se de “argumentos políticos” e tendo em mente o Estado Constitucional não mais comporta atividades públicas que sejam despidas de justificação, que não guardem qualquer relação com o prestígio à concreta participação dos jurisdicionados na formação das decisões judiciais que afetem suas esferas de interesse (FILARDI, 2012).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas** – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional nº 509/02. *Jurisprudência constitucional*, n. I, p. 29, jan./mar. 2004.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2010.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

## THEMIS

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 692541/SP**. Rel. Luis Roberto Barroso. Julgamento em 25 ago. 2015. Publicação em 21 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277/DF**. Rel. Ayres Britto. Julgamento em 05 mai. 2011. Publicação em 14 out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 728255/BA**. Rel<sup>a</sup>. Rosa Weber. Julgamento em 03 jun. 2014. Publicação em 24 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 887232/RJ**. Rel<sup>a</sup>. Rosa Weber. Julgamento em 11 mai. 2015. Publicação em 15 mai. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 891418/MG**. Rel<sup>a</sup>. Rosa Weber. Julgamento em 30 jun. 2015. Publicação em 13 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 893253/SE**. Rel<sup>a</sup>. Rosa Weber. Julgamento em 04 ago. 2015. Publicação em 25 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 738255/AP**. Rel. Celso de Mello. Julgamento em 28 out. 2013. Publicação em 05 nov. 2013.

BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Polis, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CINTRA, Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CINTRA, Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CITTADINO, Gisele; COLODETTI, Helena. **Separação de poderes no Brasil contemporâneo**. *Boletim CEDES*. Disponível em: <[http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/abril\\_2013/Separacao\\_de\\_Poderes\\_no\\_Brasil\\_Contemporaneo.pdf](http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/abril_2013/Separacao_de_Poderes_no_Brasil_Contemporaneo.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2015.

## THEMIS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processos constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fonte, 2010.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart, **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil** – Uma Visão Geral. Temas de Integração. n. 23. Coimbra: Almedina, 2007.

FILARDI, Hugo. **Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional**. Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luíza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA, Maria da Glória. **Direito das Políticas Públicas**. Coimbra: Almedina, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

GARGARELLA, Roberto. **Reformas constitucionales en América Latina**: de ayer a hoy. Manuscrito, 2010.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas**: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2008.

## THEMIS

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha** – os(des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2002.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do poder judiciário brasileiro. Homenagem ao Ministro Nelson Jobim. *In*: TIMM, Luciano Benneti. **Direito e economia**. São Paulo: Thomson, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional** – Preliminares – O Estado e os sistemas constitucionais. 10. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MORAIS, Carlos Blanco de. O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direito sociais: um mero ciclo ativista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 20, v. 78, p. 208-209, jan./mar. 2012.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

MÜLLER, Friederich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

NINO, Carlos Santiago. **La validez del derecho**. Astrea: Buenos Aires, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Constitucional** – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIMENTA, Paulo R. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

## THEMIS

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista do Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 71, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHNEIDER, Harald. **Die güterabwägung des bundesverfassungsgerichts bei grundrechtskonflikten:** empirische studie zu methode und kritik eines konfliktlösungsmodelles. Baden-Baden: Nomos, 1979.

SILVA, Denise dos S. V. Controle de políticas públicas de saúde pelo Judiciário. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro – RIDB**, Lisboa, a. II, n. IV, p. 4.369-4.371, 2013.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa** – Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição

constitucional. São Paulo: **Jus Navigandi**, jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em 10 set. 2015.

SUNSTEIN, Cass. **The Second Bill of Rights: FDR`s unfinished revolution and why we need it more than ever**. New York: Basic Books, 2004.

TEIXEIRA, Aristoto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano, 2001.

VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: Revista Direito FGV. v. IV, n II. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

**Classificado no Concurso de artigos jurídicos  
Prêmio Professor Miramar da Ponte**

**Data de recebimento:** 2/10/2015

**Data de aprovação:**18/3/2016