

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

THIAGO CARVALHO DO NASCIMENTO BARBOSA

REFLEXÕES ACERCA DO LIMITE À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO - UMA VISÃO PROCESSUAL ACERCA DO TEMA

RIO DE JANEIRO
2022

THIAGO CARVALHO DO NASCIMENTO BARBOSA

REFLEXÕES ACERCA DO LIMITE À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO - UMA VISÃO PROCESSUAL ACERCA DO TEMA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.**

RIO DE JANEIRO
2022

CIP - Catalogação na Publicação

B238r Barbosa, Thiago Carvalho do Nascimento
Reflexões acerca do limite à atuação do Poder
Judiciário brasileiro - uma visão processual acerca
do tema / Thiago Carvalho do Nascimento Barbosa. --
Rio de Janeiro, 2022.
72 f.

Orientador: Guilherme Kronenberg Hartmann.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Estados contemporâneos. 2. separação dos
poderes . 3. ativismo judicial. 4. sistema
brasileiro de precedentes. 5. judicialização e
processo estrutural. I. Hartmann, Guilherme
Kronenberg, orient. II. Título.

THIAGO CARVALHO DO NASCIMENTO BARBOSA

REFLEXÕES ACERCA DO LIMITE À ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO - UMA VISÃO PROCESSUAL ACERCA DO TEMA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Guilherme Kronenberg Hartmann.**

Data da aprovação: 13/ 07 / 2022

Banca examinadora:

Orientador

Guilherme Kronenberg Hartmann

Membro da Banca

Bruno Garcia Redondo

Membro da Banca

Haroldo de Araújo Lourenço da Silva

RIO DE JANEIRO
2022

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, a Deus por ter me concedido saúde e capacidade para concluir mais uma etapa importante da minha vida. Ademais, ao meu pai (Jorge Roberto Pires Barbosa) e a minha mãe (Lúcia Carvalho do Nascimento Barbosa), que são, indubitavelmente, os alicerces das minhas conquistas. Por fim, agradeço a todos os professores pelos esclarecimentos e ensinamentos prestados, em especial, ao professor Dr. Guilherme Hartmann por ter aceitado ser meu orientador na construção da presente monografia.

RESUMO

O trabalho acadêmico que será adiante desenvolvido, tem como cerne a pesquisa acerca dos possíveis limites à atuação do Poder Judiciário dentro dos Estados democráticos constitucionais hodiernos, isso com especial atenção ao contexto brasileiro. Sendo assim, o estudo desenvolvido busca explicitar por meio de toda uma análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial que a atuação amplificada dos tribunais está associada ao desenho institucional presente e consolidado em muitos entes estatais contemporâneos. A referida estrutura confere inegável protagonismo à atividade jurisdicional desempenhada pelas cortes em supressão ou prevalência aos outros Poderes, posto que abre espaço para que questões cada vez mais complexas e controversas em nível social, político e econômico cheguem ao âmbito decisório do Judiciário. Busca-se evidenciar também que a citada estrutura é fruto e está alicerçada num amplo e profundo processo de reflexões filosóficas e políticas promovidas por certos autores, os quais se debruçaram sobre a problemática do poder do Estado e a melhor forma de exercê-lo, visando a promoção do equilíbrio institucional. Nesse sentido, com foco no âmbito jurídico nacional, é analisado os fenômenos do ativismo judicial e a sua possível limitação por meio do sistema de precedentes brasileiro, o qual vem sendo construído, paulatinamente, desde a emenda Constitucional nº 45 de 2004, bem como a circunstância da judicialização expansiva de demandas calcadas em temas políticos e sociais. É destacada a diferença existente entre os dois fenômenos citados. Ademais, como um dos resultados deste contexto de maior protagonismo do Judiciário na análise e decisão sobre questões cruciais do corpo social, evidencia-se um novo padrão de comportamento jurisdicional necessário de ser realizado em processos denominados como estruturais.

Palavras-chave: Estados contemporâneos; separação dos poderes; ativismo judicial; sistema brasileiro de precedentes; judicialização; processo estrutural.

ABSTRACT

The academic work that will be developed further, has as its core the research about the possible limits to the Judiciary Power's performance within today's constitutional democratic states, with special attention to the Brazilian context. Therefore, the study developed seeks to explain through an entire bibliographic, doctrinal and jurisprudential analysis that the amplified performance of the courts is associated with the institutional design present and consolidated in many contemporary state entities. This structure gives undeniable prominence to the jurisdictional activity performed by the courts in suppression or prevalence to other Powers, since it opens space for increasingly complex and controversial issues at a social, political and economic level to reach the decision-making scope of the Judiciary. It is also sought to show that the aforementioned structure is the result and is based on a broad and deep process of philosophical and political reflections promoted by certain authors, who have focused on the problem of State power and the best way to exercise it, aiming to the promotion of institutional balance. In this sense, focusing on the national legal scope, the phenomena of judicial activism and its possible limitation through the Brazilian precedent system, which has been built, gradually, since the Constitutional Amendment n° 45 of 2004, as well as the circumstance of the expansive judicialization of demands based on political and social issues. The difference between the two mentioned phenomena is highlighted. Furthermore, as one of the results of this context of greater protagonism of the Judiciary in the analysis and decision on crucial issues of the social body, a new pattern of jurisdictional behavior necessary to be carried out in processes called structural is evidenced.

keywords: contemporary states; separation of powers; judicial activism; Brazilian system of precedents; judicialization; structural process.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
CAPÍTULO 1 - A construção do ideal de Estado democrático contemporâneo fundado na noção de separação de poderes fluída e a conseqüente ascensão do protagonismo do Poder Judiciário.....	13
1.1 - Sucinta análise do que será trabalhado no presente capítulo.....	13
1.2 - O desenvolvimento do pensamento acerca do Estado, o surgimento e a forma de implementação do seu poder.....	13
1.3 - O distinto desenvolvimento dado a teoria da separação dos poderes na Europa em comparação ao que foi construído nos Estados Unidos da América e a ascensão da prevalência do Poder Judiciário.....	23
CAPÍTULO 2 - O fenômeno do ativismo judicial como uma conseqüência da hodierna cultura jurídica brasileira e a sua relação com o sistema de precedentes.....	30
2.1 - Sucinta análise do que será trabalhado no presente capítulo.....	30
2.2 - O ativismo judicial no Brasil como o resultado direto da edificação de uma nova cultura jurídica.....	31
2.3 - O sistema brasileiro de precedentes e a possível expansão ou restrição do comportamento ativista.....	41
CAPÍTULO 3 - O estudo sobre o fato da judicialização em suas vertentes política e social aliado à necessidade de uma nova forma de atuação jurisdicional pautada no denominado processo estrutural.....	46
3.1 - Sucinta análise do que será trabalhado no presente capítulo.....	46
3.2 - O fenômeno da judicialização, a diferença para o ativismo judicial e as suas teorias explicativas.....	47
3.2.1 - A judicialização da política, as situações enquadradas sob a referida denominação e as condições para a sua ocorrência.....	52
3.2.2 - A judicialização dos direitos sociais e as recentes jurisprudências delimitadoras das pretensões ligadas à garantia constitucional da saúde.....	55
3.3 - O processo estrutural como resultado do quadro institucional impositor de um novo modo de atuação judicial e os seus aspectos satélites.....	62
Considerações finais.....	66

Referências bibliográficas.....	69
--	-----------

INTRODUÇÃO

A construção do Estado moderno sob um viés democrático teve como alicerce a ideia da separação dos poderes em distintos entes. Diante disso, foi consolidada a noção de que Legislativo, Executivo e Judiciário possuem um âmbito de atuação limitado, sendo a eles vedado qualquer forma de agir que adentre nas competências de um outro Poder estatal. Tal visão de pulverização das prerrogativas públicas é algo basilar na constituição do que contemporaneamente se compreende por Estado democrático de direito. Contudo, delimitar de modo exato qual será o espaço de ação do Poder estatal, é algo extremamente complexo, principalmente, pela existência de zonas cinzentas entre tais atores.

A observação da necessidade de uma separação das funções do Estado em diferentes instituições foi pensada e posta em prática por uma vontade de ruptura com um antigo modelo autoritário, isto é, a segregação em prerrogativas distintas busca evitar uma concentração de prerrogativas num único órgão, uma vez que isso poderia ensejar em tirania. Desse modo, para evitar qualquer possibilidade de autoritarismo foi estabelecido um modelo tripartite, o qual consiste em atribuir a três órgãos independentes e harmônicos entre si as funções primordiais de legislar, executar as leis e julgar eventuais ilegalidades. Logo, entregar a diferentes atores estatais determinadas tarefas é uma garantia conferida aos cidadãos de um determinado Estado, visando a continuidade de um modelo político não autoritário.

No sistema jurídico nacional, a separação dos poderes é um princípio constitucional expresso no artigo 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CRFB/1988), tendo *status* de cláusula pétrea positivada no artigo 60, § 4º, III, CRFB/1988. (BRASIL, 1988).

Nessa ordem de ideias, é observado que alguns pensadores se debruçaram e foram figuras fundamentais na racionalização do problema da colocação em diferentes mãos do poder do Estado. Tais autores serão pormenorizadamente trabalhados no decorrer do capítulo 1 da presente análise, com especial destaque para as obras de Aristóteles, Nicolau Maquiavel, John Locke, Thomas Hobbes e Montesquieu.

Inserido dentro deste contexto e nas problemáticas que ele traz, tendo como parâmetro a importância da divisão em diferentes órgãos das prerrogativas estatais, na atual percepção sobre os Poderes da República do Brasil, é possível vislumbrar que, em muitos momentos, há uma atuação mais expansiva por parte do Judiciário, a qual é fruto de um processo de judicialização exacerbada dos aspectos da vida e da política, assim como de uma postura ativista perpetrada por alguns magistrados, principalmente, quando estão em cena direitos/garantias fundamentais previstas na CRFB/1988. (BARROSO, 2012).

Sendo assim, na maior parte dos casos, uma atuação mais amplificada do Judiciário é percebida, porque este Poder é chamado a solucionar questões que deveriam ser tratadas nas esferas dos demais entes da República do Brasil. Percebe-se, ainda, em algumas demandas uma postura ativista dos juízes, a qual eventualmente gera um choque com os demais órgãos estatais. Tendo em vista tal situação, muitas das decisões proferidas pelos tribunais acabam adentrando em searas da competência do Legislativo ou do Executivo, ambos com atores que foram democraticamente eleitos para solucionar tais questões. Todo esse cenário cria momentos de choque e tensão entre as esferas de poder do Estado, acarretando numa crise institucional que pode gerar a ruptura da relação entre as instituições em último caso, uma vez que ao invadir a esfera de atuação dos outros dois Poderes, o Judiciário rompe com o equilíbrio harmonioso, algo que gera um desequilíbrio em favor dele.

Ainda nesse ponto, importa destacar que a estrutura do ordenamento jurídico nacional coloca a Constituição Federal de 1988 como a norma suprema que deve ser respeitada por todos os Poderes da República. Além disso, em havendo discordância quanto ao entendimento da Carta Magna, será o Judiciário quem terá a última e definitiva interpretação, isso acaba contribuindo para conferir um maior protagonismo ao referido Poder, em detrimento dos demais entes dentro da estrutura estatal brasileira contemporânea.

Nesse sentido, a atuação mais ampla do Poder Judiciário pode encontrar no próprio ordenamento jurídico possíveis limitações, visto que desde a Emenda Constitucional de nº 45 de 2004, foi estabelecida a prerrogativa do Supremo Tribunal Federal (STF) promulgar súmulas com caráter vinculante para todos os órgãos do próprio Judiciário e da Administração Pública, exceto o Legislativo e a própria Corte Suprema. Além disso, o próprio Código de Processo Civil de 2015 impôs toda uma nova configuração de precedentes que devem ser observadas pelos magistrados ao decidirem determinados tipos de demanda, buscando em último grau conferir maior uniformidade e estabilidade à jurisprudência pátria, com efetividade do processo e de suas garantias, principalmente, a maior celeridade possível na resolução das causas.

Por tudo que foi salientado anteriormente, o problema de pesquisa que se buscará analisar no futuro trabalho monográfico será: qual é o limite de atuação conferido ao Poder Judiciário num Estado democrático de direito, como é o caso do Brasil, pautado na primordialidade do texto constitucional? Na análise da questão-problema se tentará ter como parâmetro de delimitação do estudo um olhar mais próximo do Direito Processual Civil, ou seja, uma visão processual acerca do objeto de questionamento que se busca elucidar.

Por conta de tudo que já foi exposto, é fundamental, ainda, explicitar as justificativas da pesquisa que será destrinchada. A concepção de limites entre os Poderes de determinado Estado é algo que já vem sendo debatido e pensado desde a antiguidade, por exemplo, na teoria e análise política de Aristóteles, porém até a contemporaneidade é extremamente complexo observar qual é a fronteira de atuação dos Poderes do Estado, algo ainda mais difícil pela necessidade da autorregulação entre eles, a qual cria zonas cinzentas de atuação. Por isso, pretendo pesquisar qual seria o eventual limite deste atuar, especificamente, quanto ao Poder Judiciário, não buscarei trazer à luz respostas simplistas e milagrosas, mas sim reflexões acerca do papel do Judiciário numa sociedade que se coloca como democrática, como é o caso do Brasil. Além disso, irei tocar em pontos fundamentais para esta análise, como a judicialização dos aspectos da vida e o ativismo judicial, etc.

Tal pesquisa é necessária, e para além disso extremamente relevante, visto que o Brasil vive um cenário atual de constantes embates entre as esferas de poder, principalmente, entre o Executivo Federal e o Judiciário representado na figura do Supremo Tribunal Federal, com forte descrença de uma parcela considerável da população nos julgados e ações perpetradas pela mencionada corte. Em vista disso, são rotineiras as críticas direcionadas ao Judiciário por conta de uma possível atuação sua que esteja em desacordo com as premissas estabelecidas no texto constitucional, as quais são irradiadas para todos os ramos do direito. Portanto, a temática é atual, sendo importante novamente refletir e estudar a difícil questão sobre a área de incidência permitida para o agir dos tribunais na República do Brasil, há indubitavelmente uma enorme complexidade no que tange ao problema de pesquisa, uma vez que a Carta Magna nacional construiu um sistema no qual os Poderes exercem funções típicas e atípicas, limitando-se uns aos outros.

Entretanto, a crítica acerca de uma atuação desproporcional do Judiciário deve ser observada, principalmente, quando se busca construir um Estado democrático que respeite as leis e as diretrizes constitucionais e processuais, evitando qualquer forma de autoritarismo, inclusive de eventuais magistrados que extrapolam suas funções.

O foco da pesquisa de monografia em termos amplos será empreender reflexões (sob certa medida jusfilosóficas, constitucionais e processuais), trazendo luz sobre os limites necessários que um judiciário deve ter dentro de um Estado democrático de direito. Ademais, em termos mais específicos, o estudo buscará explicitar por meio de toda uma análise bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial que a atuação expansiva das cortes é resultado de todo um desenho institucional presente e consolidado nos Estados contemporâneos, o qual confere um protagonismo ao Poder Judiciário nunca antes visto, porque planifica e alimenta o

caminho para que questões cada vez mais complexas e controversas em nível social, político e econômico cheguem às cortes. Assim sendo, foram construídos três capítulos para a realização de uma abordagem detalhada do tema.

Na seção inicial, será trabalhado e exposto que a forma como o Estado contemporâneo foi edificado, é resultado direto da reflexão filosófica e política empreendida por uma série de pensadores no decorrer dos séculos, dos quais alguns serão destacados nesta abordagem. Nesse sentido, com atenção maior à obra de Montesquieu, destaca-se as distintas maneiras como a teoria da separação dos poderes foi posta em prática nos Estados Unidos da América (EUA) em comparação com o continente europeu, fazendo com que o desenho institucional do Estado fosse alterado, sendo num ambiente prevalente o Legislativo (Europa), já no outro cenário (EUA) floresceu um protagonismo do Judiciário, principalmente, pelo fomento da ideia da Constituição e o necessário controle dos órgãos estatais tendo ela como parâmetro.

Aprofundando a análise, o segundo capítulo aborda a questão do ativismo judicial. O referido fenômeno é percebido como vinculado a uma atual cultura jurídica que se consolidou no Brasil, a qual é baseada, fundamentalmente, na ideia da Constituição nacional como texto supremo cujo intérprete e guarda das suas diretrizes é o Judiciário (representado na instituição do Supremo Tribunal Federal), aspecto que gera a inegável ampliação da prevalência desta instância quanto aos seus poderes e nível de influência sobre os demais setores estatais. Ademais, em maior ligação aos aspectos processuais envolvidos neste contexto de estudo, é analisado o ponto referente ao sistema de precedentes brasileiro e a sua capacidade ou não de enfraquecer ou até exaurir a postura ativista.

Por fim, o terceiro e último capítulo analisará o fato da judicialização em seu viés político e social, o qual é fortemente presente na seara jurídica pátria. Desse modo, o estudo realizado visa destacar que apesar de terem certa ligação, a judicialização e o ativismo judicial são pontos distintos um do outro. Além disso, também é exposto uma forma de abordagem do processo, a qual é denominada como estrutural. O citado modelo processual opera com litígios complexos e abrangentes que chegam, cada vez mais, ao âmbito decisório das cortes por todo um desenho da máquina estatal contemporânea que fomenta o debate e a resolução pela via jurídica de tais questões, estando presente em muitos países (entre eles o próprio Brasil).

1. A construção do ideal de Estado democrático contemporâneo fundado na noção da separação dos poderes fluída e a consequente ascensão do protagonismo do Poder Judiciário

1.1 - Sucinta análise do que será trabalhado no presente capítulo

A construção do Estado em seu viés democrático contemporâneo é fruto da reflexão filosófica e política empreendida por muitos autores no decorrer dos séculos, no presente capítulo abordarei esta fundamentação das instituições estatais, buscando explicitar como ocorreu o processo de desenvolvimento do pensamento acerca das prerrogativas do ente soberano e de como elas deveriam ser aplicadas para gerar estabilidade ao corpo social.

Desse modo, importa destacar que a análise dos autores escolhidos e das obras intelectuais por eles desenvolvidas, são fundamentais para a percepção de que a atual noção de contrabalanceamento das funções de um ente soberano não é consequência do acaso, mas sim o resultado da construção teórica de séculos, a qual se concretizou em muitas organizações políticas democráticas soberanas no decorrer do século XX, entre elas o Brasil.

Após tal estudo, analisarei a forma distinta como a teoria da separação dos poderes (desenvolvida com mais relevo por Montesquieu) foi recebida e implementada na Europa em comparação com aquilo que foi sedimentado nos Estados Unidos da América (EUA), posto que a estrutura estatal construída pelos americanos atribuiu aos Poderes Executivo e, posteriormente, Judiciário uma atuação mais importante e de protagonismo imprescindível dentro de uma balança entre os três Poderes. Por fim, haverá a sucinta demonstração de que a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CRFB/1988) e a forma analítica como seu texto foi elaborado, com previsão de amplas garantias oferecidas aos cidadãos, entre elas as processuais, por exemplo, o amplo acesso à Justiça, conferiu ao Poder Judiciário pátrio uma atuação de muito mais destaque do que ele detinha no regime estatal anterior, abrindo caminho para fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização dos mais variados aspectos da vida hodierna.

1.2 - O desenvolvimento do pensamento acerca do Estado, o surgimento e a forma de implementação do seu poder.

De modo embrionário, é preciso destacar que um dos grandes pensadores a refletir sobre a comunidade política foi Aristóteles, o qual a partir da sua análise sobre o homem chegou à conclusão de que o desenvolvimento pleno de tal criatura só será atingido na *polis*, enxergada como a organização política desenvolvida pelos seres humanos, com o fim de

atingir o máximo da sua existência. Logo, o referido filósofo clássico depreende que tais seres são naturalmente políticos.

A construção da teoria política e ética de Aristóteles estão associadas, uma vez que coloca ambas como um conhecimento prático, ou seja, aquele que confere aos homens instrumentos para agir concretamente no mundo. Nesse sentido, para o pensador somente o conhecimento não faz a pessoa ser virtuosa, isto é, saber que algo é moral não faz com que o ente aja pautado por esta diretriz, da mesma forma não é porque o homem se configura como um ser racional que somente por isso ele atingirá a sua plenitude e terá acesso a verdade das coisas, para tanto será necessário a construção de uma comunidade política - a cidade.

O filósofo observa o homem com um ente distinto por ter uma parte do seu ser racional, algo que é inerente a sua essência e o distingue dos outros animais, os quais só promovem suas ações pautadas em leis naturais. Diferentemente, os seres humanos por terem tal característica de reflexão, empreenderão as suas ações não somente para a satisfação de seus prazeres e desejos imediatos, algo que os tornaria mais próximos da completa selvageria. Tais seres, de forma única dentre todas as criaturas, são capazes, por meio do pensamento, de julgar e refletir sobre o que é melhor para si mesmos enquanto humanidade (coletividade) e não só para o indivíduo, bem como de fundamentar a *polis* como um local natural da realização do supremo bem do ser humano (*eudaimonia*), visando a realização em excelência da sua essência, isto é, o pleno exercício da sua racionalidade para o conhecimento da verdade de como as coisas são e o porquê de serem assim.

A *polis* servirá para promover o bem viver juntos, um jeito de exercer a existência dos homens dirigida pelos princípios da virtude e justiça. Por ser um animal dotado de racionalidade, o ser humano tende a viver em sociedade, porque no seio dela pode se afastar de problemas como a violência, ou melhor, o homem longe da lei tende a se bestializar. A autoridade nesta organização social é proveniente da política, tendo por base a igualdade e a liberdade entre os cidadãos. Contudo, tais valores não podem ser observados com a compreensão contemporânea que se tem deles, uma vez que a igualdade para o pensador estagirita significava a condição apresentada por aqueles que não estavam sujeitos a relação hierarquizada, portanto eram excluídos de tal concepção, na sociedade daquela época, a relação entre marido e esposa, pais e filhos, etc. Ademais, a liberdade era desfrutada apenas pelos indivíduos que não tinham condicionada a sua existência a qualquer outro ser. Tal tipo de autoridade distingue o corpo político organizado vislumbrado por Aristóteles de outras comunidades que o compunham, como a família e a aldeia, as quais são agrupamentos

naturais formados e unidos por uma autoridade que tem como cerne a conservação da vida e a reprodução da espécie.

A breve explicitação do pensamento político aristotélico, permite perceber um primeiro traço de reflexão, ainda idealizada, sobre a questão da organização dos seres humanos num corpo social pensado não única e exclusivamente para satisfazer as suas necessidades biológicas, ainda assim é um primeiro prelúdio do que futuramente será entendido, em bases mais concretas, como a figura do Estado com seus Poderes e prerrogativas.

Tendo balizas distintas, num contexto que busca a ruptura com a reflexão fantasiosa do Estado desenvolvida pelos pensadores antigos, como Platão e Aristóteles, Nicolau Maquiavel, influenciado pela profunda instabilidade social e fragmentação política da península italiana na qual crescera, desenvolve um pensamento político alicerçado na realidade concreta da organização política.

A partir da desvinculação do pensamento idealista sobre a estruturação do Estado, é perceptível, dentre os mais variados teóricos políticos, uma certa preocupação e maior desconfiança acerca do poder estatal e a forma como ele será exercido, um primeiro sinal de tal fenômeno está contido na obra "*O príncipe*" e decorre do pensamento sobre o ente soberano desenvolvido por Maquiavel (2002, p. 116-117),

Resta agora examinar de que modo um príncipe deve se comportar com seus súditos e amigos. E porque sei que muitos escreveram sobre esse assunto, receio que eu, também o fazendo, seja tido como presunçoso ao me afastar, especialmente na discussão dessa matéria, dos princípios dos outros. Mas sendo minha intenção escrever algo útil para quem se dispõe a entendê-lo, parece-me mais conveniente perseguir a verdade efetiva do que a sua idealização. Muitos imaginam repúblicas e principados que nunca foram vistos nem conhecidos no mundo real. Mas há uma distância tão grande entre como se vive e como se deveria viver, que aquele que deixa aquilo que se faz por aquilo que se deveria fazer aprende mais o caminho da própria ruína do que o de sua preservação. Pois é inevitável que um homem que queira sempre agir como boa pessoa em meio a tantos que não o são acabe por se arruinar, de maneira que é necessário a um príncipe (que pretenda se conservar no poder) aprender a capacidade de não ser bom e empregá-la ou não segundo a necessidade.

O grande foco da sua reflexão é encontrar ferramentas para a manutenção da ordem estatal, a qual para ele é fruto da política, sendo algo que deve ser sedimentado e mantido pelos homens, com o fim de evitar a barbárie. O pensador florentino, de forma inovadora, vai observar que a questão política dentro de uma ordem social é resultado direto de uma soma de forças e ações concretas dos indivíduos, vislumbra que os homens possuem características negativas imutáveis, as quais, em determinado corpo social, acabam invariavelmente se desdobrando em conflitos.

Ademais, acresce um importante fator de instabilidade presente nas distintas sociedades, isto é, a presença inafastável de duas forças sempre contrapostas, sendo elas representadas pelos poderosos que querem dominar o povo, o qual não quer se ver, de forma alguma, subjugado. Sendo assim, caberá ao exercício da política a função de equilibrar as ações entre tais pólos contrários, para que haja uma estabilidade nas relações sociais dentro da esfera estatal com o respectivo prolongamento da ordem política estabelecida.

Nesse momento, surge uma figura nevrálgica em sua teoria, elucidada no conceito do príncipe como um ponto de poder político central, isto é, um ator importantíssimo em nações deterioradas pela corrupção, nas quais há a existência de forças desagregadoras que tentam provocar a ruptura do sistema vigente a todo instante, sendo, portanto, fundamental um governo forte que solidifique as bases do ente estatal. O príncipe será, então, um alicerce do Estado, uma ponte para que a comunidade encontre a harmonia. Tal visão sobre a importância de um poder central para dirimir os conflitos sociais pode ser considerada uma colocação de vanguarda, a qual será mais desenvolvida por autores de linha absolutista, por exemplo, Jean Bodin e Thomas Hobbes.

Nicolau Maquiavel foi um dos primeiros autores a se debruçar sobre o conceito de poder político e as formas necessárias para a sua manutenção, explicitando em sua obra que certos vícios tornam o soberano mais respeitado em determinadas situações. Ele rompe com a ideia de que o governante deve agir de acordo com certos padrões morais de viés religioso, seu objetivo precípuo não é saber se a atitude do governante se enquadra como uma virtude ou um vício, mas sim o quanto tal ato contribui para que ocorra a manutenção da vigência do poder, o qual é visto como algo instável sujeito a variações, por isso precisa ser mantido.

Seguindo uma linha de pensamento sobre a organização social e a estruturação política semelhante, Thomas Hobbes também partirá de uma análise concreta acerca do homem para fundamentar a sua noção de Estado, construído com base em um vínculo.

O intelectual inglês rompe completamente com a ideia defendida por Aristóteles de que o homem é naturalmente um ser político e que encontra a sua plenitude na *polis*. Para Hobbes, o Estado é uma obra artificial humana, fruto de um acordo de vontade dos indivíduos que se subjugam em face de um soberano, visando acabar com um estado de guerra anterior. Por ser um contratualista, o pensador inglês ressalta que antes do surgimento da sociedade, os homens viviam num estado de natureza, no qual não sabiam o que esperar de seus semelhantes, apesar de serem dotados de uma natural igualdade em termos corpóreos, visto que um indivíduo tido como fraco pode derrotar o mais forte ao se aliar a outros ou por meio de artimanhas, bem como de espírito por se enxergarem como especiais. Em virtude disso, era

constante a insegurança e a desconfiança para com os seus iguais, sendo uma atitude racional frente à ausência de qualquer autoridade que imponha a ordem, atacar para não se ver subjugado por outro homem.

Dentro de tal cenário, haverá aquilo que Thomas Hobbes chama de guerra de todos contra todos justamente pelos entes viverem sem um poder comum capaz de manter a ordem e o respeito recíproco. Tal noção de guerra não abrange apenas o momento de violência deflagrada, mas também todo o período em que o ser se encontra na iminência de sofrer um ataque. Logo, durante todo o estado de natureza (ausência de poder político) os homens se encontram em guerra (HOBBS, 1988).

O teórico contratualista identifica a natureza humana de forma pessimista, algo cuja essência é egoísta, posto que todo ser, naturalmente, buscará preservar antes a si próprio, por isso entende que, no estado de natureza, o homem somente se guiará pela sua própria razão, utilizando tudo o que for necessário para a sua preservação e sobreposição em face dos demais seres, fato que gera a falta de segurança e a situação de guerra permanente.

Diante disso, observa que a única forma de dirimir esta circunstância caótica é o estabelecimento de um Estado dotado do poder necessário para impor aos indivíduos o recíproco respeito. Para o intelectual, isso é um pressuposto para a existência da sociedade, isto é, o corpo social nasce conjuntamente com o ente estatal, são entidades ligadas de modo umbilical. O Estado com seu poder será justamente este acúmulo das forças transferidas pelos homens, transformando a multidão de corpos e vontades em um só ente que terá como missão central a proteção daqueles que o compõem.

Thomas Hobbes é vanguardista na sua compreensão acerca do contrato social como base de fundação do seu *Leviatã*, posto que associa e funde o conceito de vínculo de associação pelo qual é originada a sociedade com o de contrato de submissão, o qual concebe o poder político, ou melhor, cria um governo com seu respectivo soberano.

A sociedade e o poder político desempenhado pelo Estado são simultâneos na origem, porque os cidadãos, na visão hobbesiana, abrem mão de uma suposta liberdade de ser senhor de si no estado de natureza, mas com uma enorme angústia e incerteza, pela vinculação a um organismo forte de poder central que os garantirá a segurança e a paz durante a sua existência. Por isso, para o pensador inglês, tal poder deve ser absoluto, posto que, se for limitado, não terá a força necessária para transpor a situação de guerra permanente. Ainda nesse ponto, Hobbes expõe e intelectualiza um contrato diferente, no qual não há a presença do soberano, ou seja, da figura central que irá ter todas as prerrogativas advindas deste instrumento, o qual será assinado apenas por aqueles que irão se tornar súditos do Estado concebido por meio do

pacto. Dessa forma, o soberano também surgirá com a finalização do vínculo de origem estatal, ou seja, ele não estará preso aos ditames do pacto, terá, portanto, o poder pleno, que é algo essencial na observação de Hobbes, para a construção e estabilização do corpo social.

A análise da obra de Thomas Hobbes apresenta mais um passo no que se refere a pensar de forma concreta e objetiva o Estado e as suas estruturas de poder, o autor absolutista apresenta pontos importantes de reflexão, por exemplo, a estruturação de um ente soberano grande e com poder centralizado, assim como a visão de um homem de essência pendente à guerra, diversamente daquele esculpido por Aristóteles, algo já explicitado acima. Além disso, seu pensamento político foi fortemente influenciado pela ciência prevalente do seu tempo, que era a Matemática, na conclusão de que a experiência não traduz um verdadeiro conhecimento e pode levar ao engano. Por isso, identifica que o homem só consegue conhecer, de fato, aquilo que é criado pela sua mente e explicita que o mesmo se dá com a Ciência Política. Dentro de tal perspectiva, se há um Estado é porque o homem o criou, uma vez que se existisse uma sociabilidade natural, o indivíduo nunca poderia alcançá-la, posto que dependeria da experiência falha para ter ciência dela. Com isso, dá um protagonismo ainda maior ao homem na determinação da sua condição, visando transpor uma conjuntura natural de certa liberdade, mas com grande medo, para um cenário de vínculo e subjugação a um poder central terreno e concreto (o Estado) que lhe garante paz e prosperidade.

Partindo do mesmo conceito de contrato social, mas adotando um posicionamento teórico totalmente distinto, John Locke traz para o cenário sobre o pensamento acerca do Estado um ideal liberal com evidente ruptura aos conceitos de poder único centralizado, tese exposta e defendida por outros pensadores, como Hobbes.

O pensador liberal inglês dá as primeiras bases da concepção, a qual será aprofundada por Montesquieu, sobre a necessária separação de poderes dentro da estrutura do ente estatal quando ataca frontalmente a forma de governo da monarquia absolutista, vista até aquele momento como ideal. Tal modelo governamental, para o mencionado filósofo, não pode ser caracterizada como uma verdadeira sociedade civil, posto que ao concentrar todo o poder nas mãos de um único homem (monarca), não extirpa com os males do estado prévio à sociedade. Portanto, o monarca na sua posição de desenfreado poder, encontra-se no estado de natureza em face dos que estão sob a sua dominação, bem como de todo o resto da humanidade (LOCKE, 1994).

John Locke escreveu dois tratados acerca do Estado civil, em sua primeira obra abordando esta temática, refutou peremptoriamente o conceito, até então sedimentado, do direito divino dos reis como alicerce justificador da autoridade política absolutista. Tal

conceito, o qual detinha íntima vinculação religiosa, defendia que os monarcas modernos seriam descendentes de Adão, tendo por direito a mesma autoridade divina que Deus atribuiu a ele.

Ademais, no seu segundo ensaio, aprofunda a sua teoria sobre o início, a amplitude e os fins do Estado, defendendo premissas que se chocam com pontos expostos acima da teoria hobbesiana. A primeira grande diferença está na percepção acerca da situação definida como estado de natureza, que é visto como um período de evolução social pelo qual passará qualquer corpo social e dentro do qual os homens vivem pautados na razão com relativa paz e harmonia.

Dito isso, tal quadro defendido por John Locke já o difere do estado natural visualizado por Thomas Hobbes. No estado de natureza pensado pelo liberal inglês, os homens eram dotados de razão e desfrutavam de uma propriedade ampla, a qual compreendia os direitos à vida, à liberdade e à propriedade estrita. Nesse ponto, é possível depreender outra diferença para a teoria hobbesiana sobre o ente estatal, visto que essa ratificou que a propriedade era produto do Estado, um fruto imediato da vontade e poder do soberano, podendo, por isso, ser retirada por ele a qualquer instante.

De outra forma, o teórico liberal compreende que a propriedade é um direito natural do homem anterior ao próprio ente estatal e resultado direto do seu trabalho. Assim sendo, o ponto central de discordância entre os dois autores contratualistas ocorre, justamente, sobre a visão dos fatores que provocaram a origem do Estado e a legitimação e amplitude do seu poder. John Locke observa um estado de natureza no qual os indivíduos são livres e há uma relativa segurança para fruir os seus direitos naturais. Contudo, a propriedade em sentido amplo do indivíduo não é inviolável, sendo que a sua afronta, neste cenário, coloca os homens em estado de guerra uns contra os outros. Em tal ponto, importa destacar que existe outra grande ruptura para a teoria política hobbesiana, a qual enxerga que o estado de natureza é um cenário de guerra permanente de todos os entes. John Locke (1994) tem uma percepção distinta, uma vez que observa tais cenários como momentos que não se confundem, sendo o estado de natureza uma fase anterior ao chamado estado de guerra/conflito, o qual só é iniciado no momento em que outro ente tenta subjugar o direito supremo de um outro ser, ou melhor, a sua propriedade.

A consolidação na mente dos homens da necessidade de garantir a este direito primevo (propriedade) uma maior proteção, posto que ficava exposto a certos infortúnios no estado de natureza, é que faz com que surja o ente político soberano.

O contrato social será o instrumento que permitirá aos indivíduos sair do estado de natureza para a sociedade civil, a qual contará com um corpo político uniforme dotado de legislação e judiciário cujo objetivo precípua é a preservação da propriedade dos seus membros e a proteção contra inimigos externos.

Em tal ponto, há outra fundamental distinção entre a teoria política de Hobbes com o seu ideário de Estado e poder em contraponto à tese política exposta e defendida por John Locke. De modo inicial, importa recordar que na visão hobbesiana, o contrato social é um instrumento de associativismo e submissão de todos os entes ao poder central, que é configurado na instituição da figura do soberano.

Adotando uma postura diametralmente oposta, John Locke (1994) concebe a semente do corpo social como um vínculo de consentimento, ou melhor, o Estado e seus Poderes advém diretamente da concordância livre estabelecida pelos membros de uma determinada coletividade, os quais juntos transferem as suas prerrogativas para o ente político, visando com isso a proteção de direitos inerentes ao ser humano, por exemplo, direito à vida, à liberdade e à propriedade em sentido estrito.

Logo, fica explícito que para o pensador inglês a sociedade é resultado de uma concordância unânime, sendo que em tal corpo político organizado haverá tudo aquilo que falta no estado de natureza e causa certa instabilidade nas relações entre os seres, existirá uma lei comum com império sobre todos, assim como um órgão com autoridade para julgar e ferramentas que consigam impor e concretizar tais diretrizes.

Ademais, John Locke ao enxergar tal sociedade civil, aborda de maneira mais detida e ainda incipiente a questão da necessária segregação entre os Poderes do Estado, tendo em vista o impedimento a qualquer espécie de arbítrio, olha-se com desconfiança para o poder e a forma como ele será executado, um ponto que será aprofundado por Montesquieu em sua obra "*O Espírito das Leis*". Nesse sentido, o autor expõe a existência de três Poderes, sendo eles o Executivo cuja função é executar tarefas cotidianas do ente político e dar concretude às leis, o Federativo para lidar com as relações exteriores, por fim o Legislativo para a produção de normas comuns.

Para John Locke (1994), o Poder Legislativo é a expressão de uma prerrogativa suprema e sagrada. Entretanto, o próprio pensador assevera que há certos limites a serem vislumbrados na atuação do referido Poder, destacadamente, possui como balizas a noção de que a sua função é inalienável das mãos de quem a sociedade a tenha colocado, assim como a obrigação de estabelecer regras isonômicas e que visem o bem da população.

Portanto, diante de tudo que foi evidenciado, é perceptível que John Locke representa mais um avanço na concepção acerca do Estado, suas estruturas e prerrogativas. Desse modo, o intelectual inglês estabelece, sob uma perspectiva liberal, os primeiros alicerces para a consolidação de uma teoria de separação dos poderes, a qual será mais profundamente trabalhada por Montesquieu em sua obra política.

Charles-Louis de Secondat, mais conhecido como Montesquieu, se debruça sobre um ponto já explicitado quando da análise desenvolvida acima sobre a obra de Nicolau Maquiavel, ou seja, tem como foco de investigação a questão da estabilidade institucional do Estado, bem como dos seus organismos de poder, visando, obviamente, a manutenção do poder político e da paz social.

O filósofo apresenta uma notável distinção para outros pensadores do seu tempo, posto que institui um novo conceito de lei, a qual passa a ser algo derivado da ciência humana. Sendo assim, afasta aquela noção quase dogmática da lei como algo proveniente da vontade divina, rompe, portanto, com a submissão que o pensamento sobre a Ciência Política tinha em face da Teologia.

Ao adotar tal postura, Montesquieu toma como direcionamento de estudo as instituições e leis criadas pelos homens, as quais passam a ser observadas sob o viés positivista em segregação à ideia clássica de direito natural. O pensador enxerga que a moderação é algo fundamental para a estabilidade do Estado, entretanto sua abordagem sobre tal ponto vai ser diferente da empreendida pelos pensadores contratualistas, os quais tinham como objeto de preocupação, unicamente, a natureza do poder político com a respectiva redução da questão da estabilidade institucional e social a isso.

De forma mais aprofundada, o intelectual francês enxerga ser necessário investigar a forma como as instituições que compõem o arranjo institucional do Estado funcionam. Vislumbra, então, duas esferas de atuação do poder político, uma primeira relativa à natureza do governo, a qual vai estar intimamente associada à percepção de quem detém o poder, de como ele está sendo exercido nas relações entre as instâncias sociais, assim como está distribuído no corpo social entre as suas diversas classes. Além disso, enxerga a existência de um princípio de governo, o qual é compreendido através da forma como o poder é exercido.

Em sua construção teórica, Montesquieu explicita três formas de governo e seus respectivos princípios norteadores, o despotismo com o medo, a república pela virtude, ou melhor, a postura de prevalência do bem comum sobre os interesses particulares e, finalmente, a Monarquia, a qual é pautada na honra (sentimento de classe).

Na última forma de governo apresentada, o pensador francês enxerga haver a estabilidade governamental necessária, por conta disso extrai da estrutura governamental presente nas monarquias, as balizas que serão utilizadas em sua teoria sobre a separação dos poderes.

Nesse sentido, Montesquieu enxerga que nesta estrutura estatal o poder está irradiado entre diferentes esferas da nobreza, havendo leis fixas e instituições permanentes. Logo, as forças dotadas de autoridade e influência dentro do Estado acabam se controlando de modo que um poder político e social seja contrário ao outro, trazendo equilíbrio e moderação a uma balança das prerrogativas com a sua conseqüente moderação. É tal faculdade do arranjo monárquico observada pelo pensador francês que garante o autocontrole e com isso a estabilidade política do Estado.

É desta premissa de auto contenção do poder que Montesquieu parte para a construção da sua teoria da separação dos poderes, buscando criar mecanismos institucionais que possam substituir o efeito atenuante desempenhado pela nobreza nas monarquias. O teórico, por meio de uma análise racional profunda, pautou sua teoria na percepção da necessária delimitação das funções estatais entre os diferentes entes, os quais teriam a capacidade de contrariar as outras esferas de poder, estabelecendo deste modo um certo grau de moderação, a qual é fundamental para o prolongamento da vigência de certo regime e da proteção das liberdades civis contra abusos e autoritarismos.

O principal avanço na teoria de Montesquieu foi a sólida construção teórica de um modelo de arranjo institucional no qual há a simultânea contenção das influências de um nível de poder estatal sobre o outro. O intelectual francês instrumentaliza isso por meio da criação de três esferas estatais, sendo denominadas de Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, as quais juntas, e somente assim, representam todo o poderio estatal. Esta estrutura permite que um poder seja o limite do outro, refreando qualquer tipo de avanço indevido sobre a sua área típica de atuação. Todavia, tais níveis estatais não eram observados com a mesma importância, uma vez que neste cenário incipiente, a atuação do Poder Judiciário era limitada à estrita aplicação da lei, ou seja, ao juiz era atribuído uma função mecanizada de pronunciamento da norma, já produzida e especificada pelo Legislativo, em aplicação ao caso concreto, prelúdio do que se consolidará na Escola da Exegese.

A estrutura de fragmentação do poder idealizada por Montesquieu foi concretizada em inúmeros Estados Modernos, sendo indubitável a importância da sua obra para consolidar certas premissas cujo desenvolvimento frutificou no que hodiernamente é conhecido como Estado democrático de direito.

1.3 - O distinto desenvolvimento dado a teoria da separação dos poderes na Europa em comparação ao que foi construído nos Estados Unidos da América e a ascensão da prevalência do Poder Judiciário.

A forma como se concretizou as ideias de Montesquieu quanto à concepção da necessária separação das prerrogativas estatais, tomou caminhos distintos na Europa em comparação com aquilo que foi desenvolvido nos EUA. Tal fato é uma consequência imediata dos cenários heterogêneos enfrentados por europeus e americanos, estes tinham como foco desenvolver mecanismos de reequilíbrio entre os três núcleos de poder e uma proteção às minorias, uma vez que o Executivo e o Legislativo eram ocupados por entes escolhidos pela vontade majoritário, enquanto aqueles eram recém saídos de uma época de absolutismo político, na qual a necessidade era encontrar um arranjo estatal em cujo o Parlamento (democraticamente eleito) tivesse voz e poder para expressar a denominada vontade popular.

No continente europeu, houve uma prevalência do Parlamento sobre os demais Poderes estatais, uma vez que a lei era enxergada como verdadeiro reflexo da vontade geral, isto é, um conceito de legitimidade política cunhado pelo teórico Jean-Jacques Rousseau, o qual defendia que a soberania estatal provém do povo, sendo somente ele o detentor desta prerrogativa, a qual será expressada através dos seus representantes eleitos locados no Poder Legislativo (Parlamento). Tal visão legalista europeia, conferiu ao Parlamento uma certa superioridade frente às demais instâncias estatais (Executivo e Judiciário) com base numa concepção idealizada, na qual o Legislador seria incólume aos erros, uma vez que nesta estrutura de Estado tais atores eram considerados uma expressão quase direta da vontade popular, ou seja, do próprio alicerce da soberania estatal. Assim sendo, tendo por base a ideia que coloca o Legislativo em um plano superior às demais esferas estatais, caberia apenas a mencionada instituição de Estado criar direito novo, circundando o espaço e a forma de atuação dos demais Poderes (BRANDÃO, 2012).

Diante disso, relegou-se a um plano secundário qualquer forma de fortalecimento institucional das demais esferas políticas, principalmente, do Judiciário, ao qual foi estabelecido uma função mecânica de aplicação automática da lei ao caso concreto sem espaço para interpretações distintas da empreendida pelo legislador.

Ademais, em solo europeu, somente no século XX é que se terá concretamente uma defesa e um olhar acerca da Constituição como espécie normativa superior aos demais diplomas legais, entre eles a lei explicitada pelo Parlamento. Desse modo, a concepção inicial europeia, a qual perdurou por um longo período, estava assentada na noção de que a

Constituição se tratava de uma carta política de intenções sem qualquer força normativa ou superioridade em face da lei.

Nesse contexto, a legitimidade do Estado, bem como de suas esferas de poder vai encontrar respaldo no conceito estabelecido de nação, a qual é vislumbrada como o resultado da união duradoura de determinados indivíduos num contexto cujo fruto é a sedimentação do ente estatal e das instituições que compõem o seu arranjo estrutural, tendo a sua respectiva legitimação.

A circunstância da supremacia do Parlamento e da lei por ele explicitada, durou até meados do século XX, sendo a sua queda o resultado direto dos horrores observados, especificamente, nos acontecimentos antecedentes e durante a Segunda Guerra Mundial.

Na seara estatal dos países europeus, a proteção dos direitos e liberdades individuais ficavam demasiadamente centrados na simples promoção e difusão de tais premissas. Todavia, não houveram as devidas preocupações com a construção de mecanismos institucionais sólidos de proteção e efetivação destes bens humanos inerentes a um sistema democrático. Dessa forma, os horrores perpetrados pelos movimentos nazifascistas, os quais contavam com apoio popular majoritário, demonstraram a fragilidade institucional dos Estados nacionais da Europa em conter movimentos autoritários de cunho populista. Percebeu-se que os movimentos que contam com amplo apoio popular podem ser contrários a valores de liberdade e desgastar a democracia até a sua efetiva morte, como salienta Brandão (2012, p. 55-56),

Por outro lado, a dimensão moral do liberalismo europeu superava, em muito, a institucional; desta forma, os liberais europeus visavam a impregnar as mentes das pessoas com os ideais que lhe são caros, não dispensando tanta atenção, como os americanos, ao desenho das instituições de forma especialmente propícia a realizá-los. Todavia, em um regime como o nacional-socialista, a confiança apenas na consciência moral dos governantes e em uma heroica reação dos governados a atos autoritários parecia uma quimera, pois os princípios morais dos governantes se embasavam na doutrina nazista, e os dissidentes eram condenados à morte. Assim, a principal lição que deve ser retirada da tragédia do nazismo consiste na íntima relação entre desenho institucional e tutela das liberdades fundamentais, vale dizer: a ausência da estrutura típica das democracias constitucionais contemporâneas e a falta de consciência de um povo acerca da sua importância facilitam o caminho para totalitarismos que, embora sujeitos a diversos rótulos, apresentam como elemento comum uma forte concentração do poder estatal com efeitos deletérios às liberdades fundamentais.

Se os revolucionários burgueses consideravam que os grandes inimigos dos direitos fundamentais eram o monarca, o *ancien régime* e a Igreja - vendo as autoridades eleitas como cultoras, por excelência, das liberdades -, a geração europeia pós-segunda guerra mundial teme também as instituições democraticamente legitimadas e as manifestações diretas do próprio povo. Isto porque, via de regra, os movimentos antiliberais que tiveram lugar na primeira metade do século XX ora contaram com apoio dos “poderes majoritários”, ora foram placitados pelo povo através de plebiscitos e referendos conduzidos por líderes carismáticos.

Constatou-se, então, que os direitos fundamentais podem ser colocados em risco pela própria “democracia”.

Ante tal percepção, no decorrer da segunda metade do século XX, os países europeus passaram a adotar uma sistemática estatal mais próxima do que já havia se consolidado nos EUA, com a observação da força normativa e impositiva das diretrizes constitucionais. A Norma Fundamental passa a ser um documento de garantia das minorias cuja defesa caberia também ao Judiciário, conseqüentemente, em tal situação, há uma gradativa expansão do seu papel.

Assim sendo, a nova configuração do Estado fez com que o Parlamento perdesse a sua superioridade, sendo que a lei emanada do referido poder passa a ser subordinada ao texto constitucional. Ademais, em atenção à estabilização da própria estrutura do ente estatal, a modificação da Carta Magna pelos Poderes constituídos encontrará, em muitos casos, limites relativos (em alguns ordenamentos jurídicos, há o processo de alteração constitucional com maiores barreiras do que o destinado às leis comuns) e absolutos (existência de cláusulas pétreas). Logo, em território europeu, se consolida, tardiamente, uma nova visão sobre as funções dos Poderes do Estado, em específico acerca do papel mais amplificado a ser desempenhado pelo Judiciário na proteção das garantias fundamentais positivadas na Constituição.

Seguindo um percurso distinto dos europeus, os Estados Unidos da América, na construção do seu arranjo institucional, desde um primeiro momento conferiram um papel de destaque à Constituição, enxergando ela em nítida superioridade aos Poderes estatais, os quais deveriam pautar a sua atuação pelo que tal documento determina. Nesse sentido, mesmo os entes que detêm legitimidade democrática estão circunscritos aos limites explicitados pela Constituição.

Na perspectiva teórica americana, a Constituição era valorada como uma carta de garantia contra as forças majoritárias, tendo uma supremacia por ser o resultado de um poder popular que funda o Estado com suas respectivas balizas, isto é, o chamado poder constituinte originário. Tal poder é excepcional e desempenhado em momento preliminar e superior a qualquer outro. Dessa forma, todos os Poderes constituídos são derivados deste fenômeno, sendo subordinados a ele. Por isso, a norma proveniente do Parlamento (um Poder constituído) deve respeito a eventuais limites determinados pelo poder constituinte originário. Logo, sob esta visão, a Carta Magna assume um duplo papel, servindo como um alicerce do ente estatal em nascimento e ao mesmo tempo uma espécie de pacto promovedor de garantias básicas imutáveis ou dificilmente alteráveis.

A construção da estrutura estatal sedimentada na Constituição fez com que a noção da separação de poderes ganhasse novos contornos nos EUA. Nesse sentido, os teóricos do novo Estado americano aprofundaram a análise sobre as ideias concebidas por Montesquieu, criou-se uma estrutura de segregação das prerrogativas estatais pautada na visão de freios e contrapesos. Dentro desta noção, haverá a fragmentação orgânico-funcional com o fim de evitar que algum dos setores estatais se auto proclame soberano em face dos demais. Além disso, foi estabelecido um sistema inovador de fiscalização recíproca entre os Poderes, tendo em vista a observação prática de que tais esferas se relacionam entre si com um certo nível de profundidade, fato que enseja o necessário engendramento de limites a não imposição e império de uma delas sobre as outras. Portanto, foi preciso aparelhar tais instituições de Estado com instrumentos de proteção contra arbítrios mútuos.

Numa organização política na qual a norma suprema é a Constituição e não há um Poder de hierarquia superior aos demais, o Judiciário foi paulatinamente ganhando novos papéis cujo mais notório se deve à consolidação da doutrina da *judicial review*. Diante disso, importa destacar que a Carta Magna americana não positivou em nenhum dos seus artigos a referida doutrina, da qual se depreende a noção de que cabe ao Poder Judiciário (com um novo protagonismo) a última palavra sobre a Constituição do Estado. Consequentemente, seu exame e conclusão acerca do texto seria dotado de superioridade sobre a compreensão exposta pelas demais esferas de poder.

Tal conceito trazido pelos americanos é resultado de uma construção jurisprudencial, na qual o caso inicial é *Marbury vs. Madison*, sendo um resultado inerente do modelo de separação de poderes por eles concretizado, o qual foi explicitado acima. A lógica por traz da *judicial review* é descrita de maneira minuciosa por Branco e Mendes (2018, p. 52),

O caso *Marbury v. Madison* reclama superioridade para o Judiciário, argumentando, essencialmente, com a ideia de que a Constituição é uma lei, e que a essência da Constituição é ser um documento fundamental e vinculante. Desenvolve a tese de que interpretar as leis insere-se no âmbito das tarefas próprias do Judiciário. Em caso de conflito entre dois diplomas, o juiz deve escolher, segundo a técnica aplicável, aquele que haverá de reger a situação levada a julgamento. Cabe, por isso, ao Judiciário, diante da hipótese de conflito entre lei infraconstitucional e a Constituição, aplicar essa última e desprezar a primeira. Afinal, como todos os Poderes Públicos devem se sujeitar à Constituição, e uma vez que incumbe ao Judiciário a tarefa de interpretar em derradeira instância a Constituição, os atos dos demais Poderes podem ser anulados por decisão do Judiciário, na qualidade de intérprete máximo da constituição.

A doutrina do controle judicial articula, portanto, três assertivas básicas:

- a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país;
- b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a constituição;
- c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes.

Portanto, torna-se indubitável que o modelo de Estado americano contribuiu para a abertura do caminho a uma atuação mais protagonista do Judiciário, principalmente, na solidificação do entendimento de que cabia a tal esfera de poder a guarda das garantias advindas do texto da Constituição. Em solo norte americano, este poder adquiriu paulatinamente novas prerrogativas e se afastou daquele padrão delimitado da Europa, no qual o seu agir era quase mecânico na aplicação da norma ao caso concreto. A visão da necessidade de um Poder Judiciário com maior área de atuação só será vislumbrada no continente europeu no decorrer da segunda metade do século XX, algo, aliás, já explicitado acima.

A nova organização das esferas de poder do ente soberano estatal, confere ao Judiciário um *status* nunca antes alcançado, estabelecendo prerrogativas e um espaço para atuar ampliado, o qual pode, inclusive, avançar sobre âmbitos de competência do Executivo e Legislativo, uma vez que por ser tido, dentro deste novo conceito de Estado, como o mais autêntico intérprete da Carta Magna, pode impor, através das suas decisões, certos preceitos e diretrizes aos demais níveis estatais, assim como adotar um agir em contextos típicos dos Poderes eleitos.

O cenário de expansão do âmbito de atuação do Judiciário em face das outras esferas de poder, tem íntima relação com a perspectiva iniciada pelos americanos e consolidada no século XX de que a Carta Magna é a pedra basilar do Estado, bem como uma norma jurídica dotada de imperatividade sobre todas as relações (públicas ou privadas) desenvolvidas dentro de um ente soberano, algo que determinados doutrinadores chamam de neoconstitucionalismo.

Nesse sentido, é importante salientar que o conceito de Estado empreendido pelos americanos, o qual é pautado por uma norma suprema, mas também por uma separação de poderes fluída e balanceada, se expandiu pelo território europeu e outras partes do mundo, consolidando, desse modo, um tipo de Estado. Entretanto, tal estrutura foi sofrendo o incremento de novos ingredientes, os quais abriram espaço e solidificaram o papel mais atuante do Poder Judiciário. Tal fato é uma consequência do próprio arranjo institucional destes entes soberanos, posto que colocam os alicerces teóricos e valorativos do Estado na Constituição, compreendendo ela como uma norma dotada de império, da mesma forma que confiam aos seus respectivos órgãos judicantes a função típica de aplicar e interpretar as leis, entre elas a própria Carta Suprema. Logo, esta estrutura acaba gerando um alargamento das prerrogativas e da influência do mencionado poder.

Um grande desafio a ser enfrentado por tal estrutura está associado ao limite que deve ser vislumbrado no atuar do Poder Judiciário, posto que é uma característica marcante da maioria das Constituições explicitadas na metade final do século XX, serem textos analíticos cujo conteúdo é uma soma de regras e princípios dotados de normatividade com campo de interpretação amplo e divergente. Esta preocupação se deve ao fato de que uma aplicação dos princípios constitucionais pelos órgãos julgadores sem a construção de qualquer critério de limitação, leva a um cenário de ampla discricionariedade do agente decisor em desfavor das demais esferas políticas, constituindo-se em algo contrário aos ditames da democracia (BRANDÃO, 2012).

Assim sendo, o processo de judicialização com a discussão sobre problemas de cunho social, político e econômico em âmbito processual, será um reflexo natural desta organização do Estado, uma vez que o Judiciário passa a ser dotado de novas funções, entre elas a de dar garantia aos direitos fundamentais do corpo social, os quais estão inseridos na Carta Magna.

Tendo como cerne o cenário do Estado brasileiro, cumpre salientar a noção de que a República Federativa do Brasil se insere dentro deste novo modelo de ente soberano, o qual detém uma concepção fluida de separação entre os seus Poderes, com prerrogativas de maior destaque conferidas ao Judiciário. Nesse sentido, a Constituição federal de 1988 fortaleceu tal nível de poder, visto que ampliou o seu rol de garantias institucionais, bem como atribuiu a tal âmbito o papel de guardião da Carta Magna nacional.

Ademais, ampliou e solidificou o catálogo de direitos e garantias fundamentais conferidas aos cidadãos, uma vez que promoveu a promoção de instrumentos processuais de defesa destes direitos, por exemplo, através dos remédios constitucionais e das ações constitucionais, as quais tiveram o seu elenco de legitimados aumentado.

Sobre tal ponto, há certas críticas de que este arranjo brasileiro gerou uma crença equivocada na qual a interpretação do texto fundamental exercida na esfera judicial é superior e prevalente sobre as demais mesmo em questões altamente controvertidas e dúbias, fato que gera um poder desproporcional ao Judiciário. Este criticado desvirtuamento estrutural se torna realçado pela postura mais ativista adotada pelos membros da referida esfera de poder em muitos casos, quando tomam para si a função de ser o local de solução para todas as controvérsias sociais e estatais, asfixiando os demais níveis de poder.

Portanto, o foco deste capítulo introdutório foi explicitar o movimento de reflexão empreendido por alguns dos mais importantes pensadores políticos (sendo eles: Aristóteles, Maquiavel, Hobbes, Locke e Montesquieu) sobre o Estado e suas estruturas de poder, tendo como objetivo demonstrar que este processo redundou no cenário atual no qual muitos entes

soberanos, entre eles o Brasil, são pautados na visão de que a Constituição é uma norma suprema e basilar do Estado.

Assim sendo, consolidou-se uma nova visão acerca das diferentes esferas de poder do ente soberano, a qual não é fruto do mero acaso, mas sim o resultado imediato do desenvolvimento das sociedades humanas e dos seus arcabouços teóricos construídos e refletidos no decorrer dos séculos, cujo resultado hodierno é a configuração do Estado com uma estrutura que provoca a ampliação do espaço de atuação dos órgãos judicantes.

Destarte, ocorre o mesmo com o Poder Judiciário brasileiro, tal esfera está inserida dentro deste novo contexto, tendo a ampliação das suas áreas de atuação, inclusive, sobre o âmbito típico dos demais Poderes, gerando a necessidade de alguns questionamentos e uma reflexão mais aprofundada sobre os limites estabelecidos ao seu agir.

É, nesse sentido, que serão analisadas questões como o ativismo judicial e o processo de judicialização das mais variadas esferas sociais sob um olhar mais próximo dos pontos atinentes aos aspectos processuais, os quais serão detidamente enfrentados nos capítulos seguintes.

2. O fenômeno do ativismo judicial como uma consequência da hodierna cultura jurídica brasileira e a sua relação com o sistema de precedentes.

2.1. Sucinta análise do que será trabalhado no presente capítulo.

A partir do que foi sedimentado no capítulo anterior, é possível perceber que a estrutura constitucional do Brasil fortaleceu sobremaneira o Poder Judiciário após 1988 ao empoderá-lo com prerrogativas e instrumentos (principalmente processuais), visando a concretização dos ditames da Carta Magna nacional.

Aspecto depreendido na percepção de que a nascente República foi instituída como um Estado democrático de direito pautado na Constituição cujo guardião é o Judiciário (na figura do Supremo Tribunal Federal - STF), um ente dotado de nova e importante função, isto é, ser um garantidor amplo do projeto desenhado na constituinte, dos seus respectivos direitos individuais e sociais positivados, os quais podem ser diretamente requeridos de tal instância, mesmo que isso implique na supressão de outras esferas do Estado.

Nesse sentido, a cultura e visão jurídica acerca do papel a ser desempenhado por tal instituição estatal, foi sendo paulatinamente alterado, passa-se a compreender a Constituição como uma norma suprema, a qual disciplina a atuação de todos os atores políticos (e privados) presentes dentro de um Estado, dando ensejo, devido a essa nova percepção construída, em muitos casos, a uma postura que pode ser descrita como ativista.

Dito isso, na presente seção será abordado a temática do ativismo judicial sob uma perspectiva descritiva com vistas a uma ratificação de que a aproximação entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil, construiu para o Judiciário novos campos de atuação e império de suas decisões frente aos demais Poderes.

Indubitavelmente, há diferentes vertentes críticas dirigidas à referida postura expansiva dos tribunais e magistrados, as quais são vertentes do posicionamento chamado de autocontenção judicial cuja visão precípua do papel institucional a ser realizado pelo Judiciário é na defesa de uma postura de maior deferência aos demais entes estatais e suas zonas típicas de atuação e expertise.

Num segundo momento, tendo por foco uma análise mais próxima aos aspectos processuais que envolvem o mencionado tema do papel mais amplo desempenhado pelo Poder Judiciário nas estruturas estatais pautadas por uma Constituição tida como texto basilar e limite de atuação dos Poderes políticos, como é o caso do Brasil, certos autores expõem a visão de que a construção processual de um sistema de precedentes pode diminuir o ativismo.

Tal noção será questionada com base na exposição de que a sistemática de precedentes brasileira, para funcionar como um freio ao ativismo, dependerá do modo como as cortes superiores atuam, posto que ao adotarem um modo amplificado de ação, como consequência irão criar precedentes ativistas, fixando a diretriz jurisdicional edificada para si próprias a todos os juízos inferiores. Isso ocorre porque o vigente sistema processual civil (após o Código de Processo Civil de 2015 - CPC/15 - Lei nº 13.105/15) consolidou e incentivou a criação e expansão dos precedentes com força normativa e vinculantes no âmbito horizontal e vertical.

2.2. O ativismo judicial no Brasil como o resultado direto da edificação de uma nova cultura jurídica.

As bases teóricas descritas no capítulo 1 sobre a construção da teoria da separação dos poderes, a qual foi instituída na Europa e nos Estados Unidos da América de maneira distinta, bem como a prevalência do modelo de estrutura estatal constitucional norte americana na segunda metade do século passado, cujo fruto é a atual concepção de Estado democrático de direito e Constituição enquanto norma basilar e base de apoio existencial de todas as outras leis e atos estatais, são fundamentais para a compreensão do atual fenômeno descrito como ativismo judicial, no qual o Estado e o Judiciário brasileiro estão inseridos.

Cumprido, inicialmente, tentar delimitar o que pode ser compreendido como o referido fenômeno. Desse modo, Barroso (2018) explicita que o ativismo judicial é classificado como uma certa visão ampliativa acerca do papel que deve ser atribuído ao Poder Judiciário dentro do desenho institucional do Estado constitucional, conseqüentemente se desdobra num comportamento por parte dos magistrados que compactuam com esta noção acerca das funções dos tribunais, os quais nos seus processos e julgados buscarão irradiar ao máximo o texto constitucional as mais distintas searas, inclusive, em espaços de atuação clássica dos demais Poderes instituídos, isto é, Legislativo e Executivo.

Ainda nesse ponto, o comportamento amplificado das cortes não pode ser observado como resultado de um único fator, mas sim como o ponto culminante de uma cultura e estrutura institucional que deposita fortes expectativas e instrumentos no Judiciário frente às demais esferas de poder. Brandão (2012) coloca que tal circunstância reflete uma solidificação do modelo democrática na nova República Brasileira, uma vez que antes da Constituição de 1988 não havia amplo espaço ou liberdade para que os tribunais e seus respectivos magistrados pudessem atuar, a estrutura estatal pretérita à mencionada constituinte dava prevalência ao Executivo e, em menor escala, ao Legislativo, sendo ao Poder restante não

majoritário conferido um papel quase que meramente formal e com extrema deferência às demais instâncias de poder. Contribuíram para esta configuração relacional, os rotineiros ataques institucionais aos tribunais presentes, principalmente, no regime militar e durante a Era Vargas sob a vigência do Estado Novo (Constituição de 1937).

Portanto, a instituição brasileira do Poder Judiciário não tinha todas as condições da atual era, as suas prerrogativas e os instrumentos processuais que permitem um agir mais largo na concretização das diretrizes constitucionais, algo que foi diametralmente alterado no pós-1988, fato ainda mais evidenciado no atual século corrente, chega-se, hodiernamente, a constatação de que, em muitos casos, há a prevalência do Judiciário contra os demais Poderes. Tudo isso se deve à consolidação aos poucos de uma nova cultura jurídica pautada na supremacia da Constituição e dos postulados por ela determinados cuja proteção e aplicação cabe ao Poder Judiciário enquanto seu guardião na figura do Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial pode ter um duplo viés, visto que poderá adotar uma posição mais progressista ou conservadora, sendo importante destacar, desde já, que a classificação empreendida a tal agir alargado, não pressupõe de imediato que a referida ação é positiva ou negativa, mas que meramente amplia o alcance da Constituição, invadindo, em inúmeras situações, a esfera de atuação dos demais entes. O comportamento é vislumbrado em diferentes posturas adotadas pelas cortes, por exemplo, quando aplicam uma interpretação criativa e expansiva da Carta Magna, atingindo situação não explicitamente descrita no texto, como também na aplicação direta de direitos fundamentais e suas imposições, ainda que vagos, além da postura de reincidente revisionismo de decisões políticas das demais esferas de poder, julgando a capacidade institucional e legal de tais entes com ínfima.

A solidificação da visão da Constituição como norma jurídica imperativa, a qual pode ser utilizada diretamente num caso concreto, é resultado da modificação empreendida na disciplina de Direito Constitucional e na visão irradiada através dela acerca do próprio texto da Carta Magna.

A Constituição se desprende daquela visão clássica mais próxima da Ciência Política, ou seja, o texto alicerce do Estado ser observado apenas como um compromisso político cuja normatividade é pouco perceptível às esferas de poder. A nova compreensão normativa e imperativa a todos os entes estatais conferida à Constituição, gerou uma necessária aproximação entre o Direito Constitucional e Processual.

Hodiernamente, o ativismo judicial pautado no texto constitucional, utiliza-se fortemente do processo e suas ferramentas para fazer valer as diretrizes da norma suprema aplicadas pelo Judiciário mesmo em face dos demais Poderes. Nesse sentido, fica explicitada

a ponte entre as duas disciplinas através do que prevê o artigo 1º do CPC/15 : “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

O processo civil passa a ser lido, necessariamente, pelo filtro constitucional, é feita uma via de mão dupla, visto que as diretrizes da Carta Magna serão realizadas pelo Judiciário, o qual é percebido como o guardião constitucional, através do processo, um instrumento para tal fim.

O novo Estado democrático de direito, no qual se enquadra o Brasil após 1988, fortaleceu os papéis a serem desempenhados pelos tribunais, em especial a Corte Constitucional.

Nesse diapasão, Barroso (2018) salienta os três principais modos de atuação das Cortes superiores nos Estados alicerçados por uma Constituição. De maneira inicial, aborda a função contramajoritária, encargo típico das cortes constitucionais, na qual o juízo controla as leis e demais atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais são instâncias estatais baseadas no voto popular majoritário, algo não presente no âmbito do Judiciário. Logo, a conclusão é a de que, neste cenário, um ente sem respaldo popular terá a prerrogativa de fazer prevalecer a sua posição frente aos Poderes majoritários.

Tal atuação do Poder Judiciário é extremamente importante em democracias constitucionais preocupadas com a proteção e concretização de direitos fundamentais, tendo um especial foco de tutela das minorias políticas. Contudo, é preciso haver serenidade no atuar dos tribunais, ou seja, uma posição de repetitivo e crescente ativismo em completo deslocamento ou abertura de diálogo com as outras instâncias, pode fazer com que uma postura necessária em democracias substanciais, descambe para uma ditadura judicial.

Outro papel de destaque a ter florescimento nas cortes, sendo destacado pelo referido autor, é o representativo, no qual o juízo enquanto instituição de Estado, adota uma solução que é compatível com aquela defendida pelo povo. Em tais casos, a posição do legislador não representa os anseios e sentimentos da população. Uma postura de ativismo judicial nesta circunstância, tende a ser vista como positiva pelo senso comum, entretanto é preciso ter o cuidado na análise da atuação judicial, posto que pode se tratar de um mero populismo judicial cuja intenção é a projeção política do tribunal e dos seus membros. Por fim, o doutrinador alistou uma rara, mas importante atuação iluminista dos tribunais exposta em casos nos quais há completa disruptura com o estado de coisas anterior e até aquele momento vigente. Geralmente, o mencionado papel será observado nas atuações das cortes altamente

ativistas, uma vez que o termo classificatório iluminista está associado à descoberta de que a sua postura foi desvinculada do apoio popular ou da concordância dos Poderes eleitos.

O tribunal ao se observar com o referido papel de ruptura, deve e precisa produzir uma reflexão mais profunda para julgar e solucionar o caso em exame, visto que uma posição de tamanho ativismo pode ser tida, em um primeiro momento, como de vanguarda (o que nas palavras do autor é traduzida no termo iluminismo), porém ser, na verdade, um grande retrocesso. É inegável que os juízos são feitos de seres humanos, os quais estão inseridos no seu contexto de contemporaneidade, sendo assim as grandes e positivas transformações na história humana só conseguem ser percebidas com lucidez pelo decorrer das eras. Portanto, nenhum tribunal, por mais benéfico e prestacional que queira ser nas suas ações, terá, previamente, a exata compreensão se o seu posicionamento no caso será positivo (verdadeiramente iluminista). Ao adotar a crença de ser um instrumento de disruptura, o Judiciário pode (por meio de uma exacerbação ativista) cometer catastróficos erros.

A postura expansiva do Judiciário dentro de um Estado democrático não ocorre de modo instantâneo, isto é, diferentes alicerces abriram o caminho para o atual ativismo judicial no Brasil. De uma maneira progressiva, houve a consolidação da República brasileira como um Estado democrático de direito, somado à positivação na Constituição pátria de um amplo leque de princípios e direitos fundamentais abstratos, muitos com características prestacionais, cabendo ao Judiciário - enquanto guardião da Carta Magna - a função de utilizar, desde que não seja cumprida a agenda constitucional, os seus instrumentos e prerrogativas (processuais e institucionais) para fazer valer o texto basilar do Estado.

Foi-se expandindo a concepção na seara jurídica de que caberia ao Poder Judiciário o protagonismo na interpretação e concretização da analítica e dirigente Constituição Brasileira de 1988. Assim sendo, o estado da arte anterior à atual ordem constitucional era de uma grande deferência do Judiciário aos demais Poderes, isso foi sendo gradativamente alterado, os tribunais e magistrados foram na direção de uma atuação cada vez mais expansiva e invasiva da esfera típica de competência dos demais entes, modo de agir que, numa série de casos, pode gerar conflitos institucionais e políticos. Tal fato é enxergado, quase sempre, quando no julgado há aspectos que envolvem temas delicados e muito controvertidos do ponto de vista moral e cuja solução somente repousa em princípios vagos.

No atual cenário, está consolidada uma espécie de cultura jurídica pátria, amplamente aceita, a qual crê na atuação do Poder Judiciário como protagonista na hermenêutica e aplicação da Constituição, em notório detrimento dos demais Poderes constituídos, em muitos casos, sobrepujando-se as decisões técnicas por eles tomadas. Este contexto nacional, no qual

há a crença na Carta Magna como norma jurídica imperativa cujo guardião e último intérprete é o Judiciário, com reduzido espaço de diálogo com os demais Poderes, é um caminho aberto e quase sem empecilhos ao comportamento ativista.

Sendo o ativismo algo facilitado e inerente à estrutura estatal brasileira e ao seu estágio atual da cultura jurídica e constitucional, é importante destacar as formas com tal postura expansiva pode aparecer na atuação do guardião constitucional - o Supremo Tribunal Federal, o qual através dos instrumentos processuais constitucionais, estabelece com suas decisões, as balizas (vinculantes) para a atuação dos demais órgãos do próprio Judiciário e da administração pública.

Brandão (2012) e Campos (2014) expõem que o comportamento ativista é constatado no modo de interpretação amplificativa dos dispositivos constitucionais na resolução de determinada questão.

Em tais julgados, o Supremo Tribunal Federal observa os princípios da Constituição - alguns abstratos - com força de norma, vinculando a atuação dos Poderes políticos e sendo aplicável ao julgado mesmo que não haja lei concretizadora emanada do Legislativo. Logo, percebe-se que o Judiciário atua como um verdadeiro legislador positivo, criando o direito a partir de um princípio vago em certos casos. Inegavelmente, existe o afastamento da postura clássica defendida por Hans Kelsen, ou seja, a corte constitucional como legislador negativo, na qual o magistrado age somente como o destruidor do trabalho legislativo por haver descompasso com os ditames constitucionais. Sendo assim, neste contexto atual, o juiz desempenha uma nova função, é um dos atores na criação das normas, fazendo isso por meio do processo.

São exemplos desta posição, a aplicação na resolução da demanda das técnicas hermenêuticas denominadas de interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, práticas que terão como limite o próprio texto constitucional, ou seja, há a exclusão de certas possibilidades interpretativas da norma por serem incompatíveis com a Carta Magna.

Ademais, há também a possibilidade de produção de sentenças aditivas e modificativas, cada qual representando uma ação de maior amplificação do Judiciário.

Nas sentenças aditivas, a corte suprema ao enxergar uma omissão tida como inconstitucional, amplia a incidência de determinado ato normativo para além do limite previsto originariamente pelo legislador (na sua escolha política e técnica).

Já as sentenças modificativas são reconstruções normativas desempenhadas pelo tribunal. A decisão proveniente do trabalho jurisdicional realizado pelo juízo, edifica uma norma totalmente distinta daquela nascida e aprovada no seio do Poder Legislativo.

Em tal contexto de atuação amplificada do Supremo Tribunal Federal, certos casos são resolvidos com a criação pelo tribunal de uma norma infraconstitucional, por conta do diagnóstico de inércia legislativa. Neste ponto, o próprio Legislativo atuou e instrumentalizou o Judiciário pátrio com a implementação da lei do mandado de injunção (Lei nº 13.300 de 2016) cuja ação visa combater a morosidade legislativa, fazendo com que em algumas hipóteses, o Judiciário possa instituir a norma para que determinado direito seja fruído por uma categoria amparada no texto constitucional. Adotou-se em tal legislação a teoria concretista intermediária, na qual o escopo é conferir à corte a prerrogativa de comunicar a mora legislativa, como também estabelecer um prazo para que a norma seja implantada ou mesmo diretamente concretizá-la, situação que só ocorrerá se já houver outros referidos mandados pretéritos e o poder omissivo não editou a necessária norma. É perceptível a parcela de poder conferido ao Judiciário através desta ação processual, porque a própria lei regulamentadora do mencionado remédio constitucional, autoriza, em certas circunstâncias, uma postura mais expansiva do Poder Judiciário. Ainda sobre o diploma normativo do mandado de injunção, a positivação da possibilidade da adoção de efeitos contra todos (*erga omnes*), é outro forte referendo do comportamento ativista pelo Legislativo (art. 9º, § 1º da Lei nº 13.300/16).

Um aspecto importante a ser destacado no atuar expansivo da corte constitucional, é a forma como é construída as decisões nos casos sob a sua análise, posto que quanto maiores e mais amplos forem os argumentos tratados, menor será a possibilidade de variação decisória das instâncias inferiores do Judiciário, da própria administração pública e até mesmo do Legislativo. Destarte, há os juízes minimalistas, os quais constroem uma fundamentação mais restrita e atinente ao caso em exame. Em sentido oposto de posicionamento, os magistrados maximalistas produzem uma decisão com razões mais abrangentes, sejam elas econômicas, científicas, sociais, morais ou políticas, ou melhor, vão para além do puro direito, fazendo com que as demais esferas de poder tenham uma margem mais reduzida na tomada de suas decisões.

O método operativo dos ministros da corte superior brasileira quando edificam as suas fundamentações, promove um panorama constante no qual são utilizados argumentos mais abrangentes e variados do que a mera norma jurídica, aspecto que tem contribuído para cercear um espaço de atuação divergente das instâncias do judiciário inferiores (edificação

gradual de um forte sistema de precedente verticalizado de cima para baixo) e dos poderes majoritários.

Faltam, dentro da estrutura institucional brasileira, eficientes conexões e, em muitas situações, a vontade, iniciativa e a humildade para abrir diálogos entre os Poderes no que se refere aos aspectos cruciais na interpretação e aplicação do texto constitucional. Criou-se sob premissas equivocadas uma crença de que a hermenêutica dos tribunais é superior e mais técnica do que aquela desempenhada nas demais esferas, por exemplo, as que desconsideram a importante influência da política no agir das cortes. Isso gera um insulamento pernicioso do Judiciário e uma falsa percepção de que a sua função seja a de último, mas também de principal alicerce promovedor da concretude do plano constitucional cuja implementação se dará por uma postura de necessário ativismo nos processos levados aos seu julgamento. Tal noção não contribui para o alcance das melhores soluções dos problemas sociais e estatais em termos institucionais, mas sim para um constante choque e confronto entre os Poderes.

As críticas direcionadas ao ativismo judicial são de diferentes vertentes, mas têm em comum a percepção de que a atuação expansiva do Judiciário é uma deformação que desequilibra a estrutura de Estado, porque abre espaço para o referido Poder atuar em áreas de competência técnica e institucional para as quais não está preparado, bem como fragiliza as bases e preceitos da democracia, pautados na noção de representatividade e responsividade política dos agentes situados no Legislativo e Executivo, visto que os magistrados não são colocados em suas funções jurisdicionais pelo voto popular.

Barroso (2018) traz à luz as três críticas dirigidas ao comportamento contemporâneo mais amplo dos tribunais, principalmente, com foco nas cortes constitucionais. Nesse aspecto, há as críticas de natureza ideológica, que observam no Judiciário uma instituição, não de transformação social, mas sim de manutenção das bases estruturais dos grupos influentes dentro de uma sociedade, ou seja, seriam uma forma de seguro das elites à democracia popular majoritária. Outra vertente aponta o seu parecer negativo às capacidades do citado Poder enquanto instituição. Desse modo, não seria um espaço adequado para o debate e a decisão sobre questões cruciais para o campo social, faltariam a visão e a competência técnica para solucionar problemáticas nas quais os efeitos decorrentes da decisão são de difícil prospecção.

A crítica final diz respeito à análise de que o processo de judicializar demandas (tirar do contexto deliberativo e dialógico da política) limita o debate para somente certos privilegiados com acesso ao mundo jurídico e que possuam os conhecimentos necessários para a compreensão dos seus ditames.

Tal visão crítica, faz com que muitos sejam contrários ao comportamento ativista no âmbito judicial. Nesse sentido, é importante ressaltar novamente e expor que ambas as referências de ação são fruto da visão e percepção do que se entende como a função ideal a ser desempenhada pela instituição do Judiciário num Estado democrático de direito alicerçado na Constituição.

Uma visão e postura é o ativismo judicial cujos adeptos compreendem que cabe a referida instância de poder ser o real concretizador dos mandamentos constitucionais, utilizando-se das suas prerrogativas institucionais e processuais, ainda que para conseguir tal objetivo tenha que adentrar ou mesmo contrariar as decisões - comissivas ou omissivas - tomadas nos espaços dos outros Poderes do Estado.

Diametralmente oposto é o entendimento dos que enxergam ser a verdadeira ação do Judiciário a autocontenção e deferência às demais esferas, assim dizendo, tem-se uma postura planejada de maior inércia e abertura do espaço deliberativo para a atuação dos atores majoritários, ou seja, concluem que a mais adequada posição a ser desempenhada por juízes e tribunais, é a de restrição em respeito às capacidades técnicas e institucionais específicas dos outros entes estatais, somada a própria análise da falta delas pelo próprio Judiciário.

Os ativistas observam as cortes e os processos nos quais atuam, com ferramentas que podem promover alterações no quadro social não implementadas pelos atores majoritários, por isso acabam invadindo a seara política e, em muitos casos, produzem uma atividade criativa do direito em desrespeito e afronta ao Legislativo. Já os que defendem a auto restrição judicial, são céticos quanto à capacidade superior do mencionado ente estatal na frutificação e desenvolvimento do texto constitucional, caso haja displicência ou incompetência do Legislativo e/ou Executivo. Portanto, tem por norte dar maior abertura para que os Poderes eleitos pelo voto popular tomem as decisões em aspectos sociais mais críticos e contraditórios, buscando, em última análise, afastar ao máximo a política do direito, adotando uma premissa comportamental de alta deferência aos atores estatais. Logo, ao juiz cabe ter um agir técnico, se necessário, longínquo das suas próprias paixões e ideologias, precisa aplicar o direito, mesmo que a solução encontrada não seja o que ele, pessoalmente, ache a mais correto no sentido de íntimo ideal.

Como já foi destacado, a forma como foi construído o Estado brasileiro após a Constituição de 1988, abriu o caminho para o ativismo, posto que sucessivas decisões políticas conferiram fortes prerrogativas institucionais aos tribunais, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal.

Campos (2014) destaca que o florescimento do comportamento judicial ativista é resultado também de uma certa disposição política. A República do Brasil, atualmente, é composta por um regime democrático com forte fragmentação política, sendo que o Judiciário, reiteradas vezes, é instrumentalizado como um seguro, caso ocorram derrotas na arena política, ou mesmo um substituto decisional dos demais Poderes em questões sociais complexas (por exemplo, aquelas envolvendo aspectos morais), tais entes majoritários adotam uma posição de transferência da decisão acerca de um tema espinhoso, com isso impulsionam o tribunal a decidir, evitando deste modo uma forte perda de prestígio político e social.

Dentro de tal âmbito político, constata-se mais uma forma de atuação expansiva dos tribunais. As cortes, rotineiramente, reveem a interpretação dada pelo legislador aos dispositivos constitucionais abstratos, como resultado transformam um espaço que deveria estar longe da política, numa nova arena de combate sobre tais questões, fazendo com que o direito assumira um novo papel de instrumento para a luta política dos atores derrotados no processo legislativo.

Novamente, a postura ativista é um comportamento e visão sobre como um tribunal deve atuar num Estado democrático de direito. Por isso, é importante destacar os modelos de comportamento judicial que visam delimitar os padrões de atuação que uma corte deve (ou deveria) ter. Assim sendo, os modelos não são absolutos e isentos de críticas, porém representam importantes tentativas de análise sobre os padrões comportamentais dos julgadores.

Brandão (2012) coloca que de uma perspectiva ainda primária, edificou-se o modelo legalista pelo qual o comportamento dos magistrados é ligado estritamente ao direito, isto é, somente balizado nas disposições trazidas no ordenamento jurídico, uma vez que tais regramentos teriam um conteúdo claro. A posição peca por desconsiderar completamente a possibilidade de que fatores externos ao direito possam direcionar a decisão do julgador, tendo sido criticada pelos signatários do realismo jurídico para quem as decisões dos juízes representam, puramente, a sua preferência pessoal na análise do caso.

De maneira subsequente, surgiu a concepção atitudinal, a qual coloca como mais importante para o ato decisional focado na solução de questões morais controversas, a ideologia do magistrado e não o direito em si, suas normas positivadas e precedentes construídos. Por conseguinte, este posicionamento acredita que nos mencionados conflitos, o julgador terá um relativo afastamento do direito, baseando a sua decisão na íntima e única cognição do mundo.

A partir do final do século passado, influenciado pelas críticas e o descrédito nas formas de descrição do comportamento judicial anteriores, foi consolidado o neoinstitucionalismo, premissa defensora de que o comportamento presente em certa instituição do Estado, como é o Judiciário, representa uma mistura da visão coletiva dos indivíduos com a cultura desta mesma entidade. Sob tal visão, o atual Judiciário brasileiro, com mais força no período contemporâneo, tomaria para si a função ativista de vanguarda sobreposta às demais esferas como consequência da crença coletiva dos magistrados nesta forma de agir, fato que lentamente construiu uma cultura expansiva dentro da própria instituição estatal.

O modelo neoinstitucionalista não está tão preocupado com a forma como os juízes atuam individualmente, mas sim com as relações e trocas realizadas entre os Poderes, expõe que estas interações também moldam o atuar de uma corte, por exemplo, como ocorreu no Brasil antes de 1988, no qual houveram, no decorrer da história pátria, uma série de ataques institucionais dirigidos ao Judiciário (representado na figura do STF), histórico que, no decorrer do referido período, perpetuou um agir extremamente complacente dos tribunais aos demais Poderes majoritários, em especial ao Executivo.

Desse modo, a implantação de um Estado democrático de direito limitou, em grande parte, tal tipo de interação, o que, indubitavelmente, deu maior espaço à atuação do Judiciário ao consolidar a necessária independência institucional.

A intensa relação entre os Poderes, fez com que as cortes adotassem uma atuação, visando a sua própria preservação institucional. Nessa direção, Eskridge (1991 *apud* Brandão, 2012) explicita a interpretação dinâmica do direito, a qual tem por base a teoria da separação dos poderes para expor a conclusão de que a decisão final sobre determinado caso é resultado da análise das preferências dos Poderes estatais (Judiciário, Legislativo e Executivo), isto é, as resoluções que tendem a ser aceitas e por isso permanecerem, serão aquelas encontradas num ponto equidistante das preferências dos entes estatais.

Na atuação do Judiciário, o julgado para ser perpetuado e aceito, não poderá estar muito afastado das preferências dos Poderes majoritários. Dessa forma, a postura de repetido ativismo, em completo descolamento das demais esferas de poder, tende a ser fragilizada, visto que os conflitos entre as instituições de Estado, com o tempo, vão enfraquecendo a própria figura e confiança no Judiciário, como também nas suas decisões, algo perceptível com a diminuição do apoio público a instituição em si e na sua atuação.

Sobre tal ponto, David Easton (1968 *apud* Brandão, 2012) cita a existência de duas espécies de apoio popular ao agir das cortes como órgãos inseridos no Judiciário, o específico

com a concordância por parte da população na decisão proferida num específico caso concreto, bem como o difuso, que é o mais importante, no qual o povo confere alicerce ao atuar da corte enquanto uma instituição importante representativa do citado Poder, mesmo que haja o descontentamento no sentenciamento de certo caso.

Tal pilar de sustentação difuso pode ser esvaziado, progressivamente, com decisões que contrariam amplamente o senso popular. Portanto, este apoio representa diretamente o nível de credibilidade e confiança na instituição pública. No cenário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, ao se posicionar e decidir em descompasso com a opinião popular, destacadamente, quando estão em jogo questões morais e sociais complexas e divergentes, perde o apoio difuso e fragiliza, não só a corte constitucional, mas o próprio Poder Judiciário.

Salienta-se que a perda de apoio difuso não desconfigura o importante papel desempenhado pelas cortes constitucionais em Estados democráticos de direito na defesa de minorias. Há um certo estoque de decisões contramajoritárias na defesa dos direitos e garantias fundamentais, as quais devem ser utilizadas de modo ponderado com vistas a manter o necessário prestígio da instituição. Portanto, um hábito de exacerbado ativismo acaba por esvaziar tal estoque de decisões, que poderão se encontrar em falta quando for realmente necessário uma postura mais expansiva em defesa de minorias atacadas ou negligenciadas pelos entes majoritários.

2.3 O sistema brasileiro de precedentes e a possível expansão ou restrição do comportamento ativista.

Tomando um caminho de reflexão mais próximo à disciplina do Direito Processual Civil, certos autores defendem a tese de que é preciso um sólido e estruturado sistema de precedentes nacional como instrumento apto a controlar e limitar a postura de ativismo exacerbado percebida em muitos casos no atuar do Judiciário brasileiro contemporâneo.

Nesse sentido, expõem que a aproximação feita entre o direito e a moral, em evidente afastamento das premissas positivistas, sedimentou nas Constituições dos Estados (entre eles o Brasil) normas de textura mais vaga, tal situação fez com que o processo hermenêutico desempenhado pelos magistrados (e seus respectivos tribunais) ficasse cada vez mais fluídos e amplificados, tem-se constantemente, nos mais variados julgados, uma nova configuração entre a prerrogativa de interpretar a norma e a função criativa do direito.

No contexto explicitado, o Poder Judiciário toma uma posição para si de maior destaque dentro da estrutura estatal, isso balizado pelos princípios abstratos presentes na Carta

Magna cujo inerente resultado é uma maior insegurança jurídica. O ativismo judicial, anteriormente, algo raro, vai sendo mais habitual, ou seja, é o fruto imediato da norma central dos Estados contemporâneos ser inundada com diretrizes abstratas de ampla margem interpretativa, as quais não trazem limites precisos para a atuação das instituições, com destaque para o Judiciário quando configurado como o seu guardião, realidade presente no Brasil, visto que no Estado democrático de direito, tal ente será a última salvaguarda de sua concretização.

Em decorrência do que foi elucidado acima, alguns pensadores enxergam nos precedentes o exato e útil instrumento para delimitar a atuação das cortes e seus juízes, trazendo uma maior segurança jurídica e isonomia na resolução das demandas, como explicitam Rocha e Barbosa (2015, p. 131),

O cenário pós-positivista inaugurado no Brasil com a promulgação da Constituição de 88 e caracterizado pela centralidade da constituição e constitucionalização de direitos, o reconhecimento de um amplo rol de direitos fundamentais e a normatividade dos princípios constitucionais, vem se caracterizando pela judicialização da política, campo fértil para a prática do ativismo judicial.

No Brasil recepcionou-se a atividade criativa do direito por parte dos juízes como parte integrante da própria atividade jurisdicional. Importou-se, sem a devida contextualização, do sistema da *common law*, a prerrogativa de criação judicial do direito.

Entre vários desdobramentos da prática ativista, o texto identificou três principais. O ativismo impõe a redefinição do modelo de tripartição de poderes sob o qual está erigido o estado moderno e contemporâneo, sobretudo no que diz respeito às prerrogativas do Legislativo, aos limites de atuação do executivo e ao controle das decisões do Poder Judiciário.

No ativismo opera-se revisão dos ideais limites postos pelo positivismo entre os atos de aplicar a lei, interpretá-la e criar direito. Redefini-los é importante, mas muito difícil, dada a grande fluidez do texto constitucional e a amplitude dos princípios constitucionais assegurados. Por essa razão, a adoção de precedentes podem se constituir em mecanismos importantes para assegurar a um só tempo a natureza sempre, em alguma medida, criadora embutida em todo processo decisório, e a segurança jurídica que se deseja e espera na prestação jurisdicional não casuística que deve caracterizar a justiça em um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, a visão que um sistema de precedentes pode reduzir ou até excluir o comportamento reincidente de ativismo judicial, peca por não considerar que tal fato irá depender da própria postura tomada pelos tribunais, com destaque para a corte constitucional. Portanto, a redução da atuação expansiva por meio de uma sistemática de precedentes vinculantes, irá depender das ações empreendidas pelos tribunais.

No ordenamento jurídico brasileiro, houve, gradativamente, a adoção de um sistema de precedentes, algo transformador do direito processual pátrio com a inegável aproximação de conceitos e instrumentos de observância clássica na cultura jurídica da *Common law*.

O primeiro passo nessa direção ocorreu com a Emenda Constitucional de nº 3 de 1993, a qual inseriu no ordenamento jurídico pátrio a ação declaratória de constitucionalidade

(ADC) cuja decisão é dotada de efeitos contra todos (*erga omnes*) e vinculantes aos demais órgãos judiciais inferiores à corte constitucional, assim como a própria administração pública. Ademais, outras guinadas no sentido de conferir certo caráter normativo aos julgados irradiados do tribunal, foram a lei nº 9.868 de 1999, que atribuiu à ação direta de inconstitucionalidade (ADI) os mesmos efeitos da ADC, e a Emenda Constitucional de nº 45 de 2004, sendo uma das suas consequências o incremento no direito brasileiro da possibilidade da corte superior produzir súmulas vinculantes. Finalmente, o passo derradeiro é concluído com a vigência do novo Código de Processo Civil de 2015 - Lei nº 13.105/15, a referida norma sedimentou uma ampla sistemática de precedentes com efeitos normativos e vinculantes horizontais, mas, principalmente, verticais (de cima para baixo). Tal constatação se mostra inteligível pela leitura conjunta dos artigos 489, § 1º, V e VI c/c 926 e 927 do CPC/15, os quais foram expressamente positivados no diploma processual, evidenciando mais um salto ao encontro do modelo processual da cultura jurídica da *Common law*.

Dentro desta nova circunstância, a atuação do Supremo Tribunal Federal é fator determinante para saber se a postura ativista será refreada ou expandida, isso devido ao fato de que os seus julgados, caso sejam ativistas, acabarão por vincular as demais esferas inferiores do Poder Judiciário.

Posto isso, é fundamental detalhar os principais pontos que envolvem um sistema de precedentes, que se mostram presentes na hodierna realidade processual brasileira concretizada com maior força pelo CPC/15. De início, cumpre expor que o precedente está contido dentro da razão de decidir (*ratio decidendi*) que lastreia a definição final encontrada num certo caso, a qual será uma baliza, necessariamente, observada na solução de questões iguais ou semelhantes julgadas no futuro. O sistema jurídico pátrio adotou uma noção de precedente próxima ao que se conceitua no *stare decisis* de matriz norte americana, ou seja, o imprescindível respeito ao parâmetro decisório já realizado detentor da força normativa e vinculante. Sobre o prisma apresentado, há uma modificação naquilo que será caracterizado por lei com a inclusão dos precedentes dentro desta noção.

Acerca do precedente normativo, quatro conceitos se mostram como de essencial entendimento para a utilização correta do instrumento processual. Como já salientado, o núcleo existencial do precedente é a razão de decidir (*ratio decidendi*) - os fundamentos essenciais para a resolução do caso - é dela que se extrai a norma geral a ser utilizada em casos seguintes. Ainda neste ponto, depreende-se que uma postura ativista do tribunal poderá criar fundamentos expansivos, vinculantes do próprio juízo em casos análogos posteriores e dos níveis inferiores do próprio Judiciário. Já os argumentos secundários (*obiter dictum*), são

aqueles que foram pontuados no julgado, mas que eram prescindíveis para a resolução da demanda, são externos ao precedente. Além disso, existe no contraste entre o precedente (a razão de decidir criada) e a atual demanda, a possibilidade de ocorrer a distinção (*distinguishing*), ou seja, a ausência de similaridade do caso atual, fazendo com que o precedente seja repelido, bem como a superação (*overruling*), a qual no direito brasileiro é obrigatoriamente motivada (art. 927, § 4º, do CPC/15), cujo reflexo é o florescimento de um novo entendimento do juízo sobre determinada tese jurídica.

O objetivo primário de toda a expansiva construção de um sistema de precedentes vinculantes, com foco para o viés descendente, é conferir ao ordenamento jurídico processual pátrio uma maior coerência, estabilidade e integridade, sendo que corroboram com o entendimento explicitado, os instrumentos processuais de criação de precedentes normativos trazidos pelo CPC/15. Desse modo, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) é utilizado quando há uma repetição de demandas cuja controvérsia jurídica é a mesma, cria-se uma tese vinculativa a ser aplicada aos processos individuais ou coletivos em trâmite na área de competência da respectivo juízo. Somado ao IRDR, outra ferramenta positivada no novo código processual e que segue esta nova tendência de produção de balizas decisórias a serem vislumbradas na atividade jurisdicional futura, foi o incidente de assunção de competência (IAC), o qual se configura como a transferência da prerrogativa de julgar para o órgão especial, quando na causa houver questão relevante, a consequência será a extração de um precedente do acórdão produzido pelo juízo, que fixará as diretrizes decisórias a serem observadas nos casos posteriores nos quais caiba a análise as instâncias judiciais inferiores ou o próprio tribunal.

Foram inseridos dentro desta nova perspectiva processual, alguns deveres institucionais aos tribunais na construção e manutenção da sistemática de precedentes, isto é, sedimentou-se a necessidade de uniformização no sentido de combater qualquer espécie de divergência, normalmente, através da edição de uma súmula, somado à estabilidade compreendida no pressuposto de que alterações nos precedentes exigirão uma maior carga de fundamentação. Além disso, caberá também se pautar pela coerência com seus pretéritos julgados (dever de manter consigo uma autorreferência no que tange às suas posições já pacificadas) e a integridade, visão do direito como unidade (DIDIER JR, 2017).

A ferramenta processual que traz força e fecha o ciclo deste novo sistema brasileiro de precedentes, no qual o último passo foi dado com a vigência do atual CPC/15, é a ação da reclamação cuja competência é originária dos tribunais (previsão em sede constitucional para o STF art. 102, I, L e o STJ no art. 105, I, F, assim como infraconstitucional no art. 988 do

CPC/15). Tal instrumento foi se consolidando na cultura jurídica pátria, tendo surgido através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com alicerce na ideia irradiada da teoria dos poderes implícitos, ou seja, se a corte tem o poder de julgar determinada demanda, a instituição poderá também impor o respeito ao seu julgado (imperatividade) ou a sua competência legal (DIDIER JR; CUNHA, 2020).

Logo, por todos os aspectos que foram pontuados e expostos acima, fica nítido que a postura de eventual ativismo (ou não) desempenhada por um juízo, poderá criar um precedente que será, necessariamente, observado em nível horizontal (pelo próprio tribunal em decisões posteriores) ou vertical (imposição de observância das instâncias judiciais inferiores), configuração que irá fazer com que a postura ativista do Judiciário seja reduzida ou aumentada. Por haver no Brasil atual todo um arcabouço teórico jurídico pautado na centralidade do texto constitucional, que é mais concernente com atuações expansivas, a tendência será a construção de precedentes ativistas.

3. O estudo sobre o fato da judicialização em suas vertentes política e social aliado à necessidade de uma nova forma de atuação jurisdicional pautada no denominado processo estrutural.

3.1 - Sucinta análise do que será trabalhado no presente capítulo.

Na sessão final deste longo exame acerca dos limites à atuação judicial, o cerne será o fenômeno da judicialização, os aspectos que podem ser considerados positivos ou deletérios de tal prática num Estado democrático. Ademais, com um foco mais próximo à temática processual, tem-se como análise a questão das demandas estruturais levadas ao Judiciário cujo grau de intromissão em outras esferas estatais é mais extremado, bem como o conceito e ideia atrelado a elas de processo estrutural.

Primeiramente, haverá a explicitação da diferença existente entre o ativismo judicial (conceito já destrinchado no capítulo anterior) e a judicialização, haja vista que apesar das duas situações estarem ligadas no que tange à sua subsistência em uma relação de troca, apresentam essências distintas.

Nesse sentido, é exposto sobre o tema da judicialização a existência de teorias que visam explicar o porquê de tal fato, as quais sedimentam as suas conclusões em fatores políticos e estruturais de cunho constitucional e processual beneficiadores do mencionado procedimento de levar os mais variados aspectos à esfera decisório do Poder Judiciário.

Depois desta exposição inicial, será trabalhada, especificamente, a judicialização da política com a descrição dos pressupostos para a sua ocorrência, serão levantados certos pontos de reflexão sobre um efetivo regime democrático e a sua convivência com a prática reiterada de atores não eleitos decidirem questões cruciais sob o prisma social no lugar dos entes majoritários presentes no Legislativo e Executivo.

Além disso, também vai ser analisado um outro viés da judicialização mais atinente à questão dos direitos sociais. Sobre tal fato, explicita-se os importantes parâmetros definidos pelos tribunais superiores, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 45 julgada no ano de 2004, bem como os conceitos cruciais satélites um do outro da reserva do possível e do mínimo existencial, os quais sempre serão observados em ações cujo o espaço central de discussão seja alguma prestação social requerida do Estado.

Ainda neste ponto, analisa-se a atuação do Judiciário nas demandas pelo direito social fundamental à saúde previsto constitucionalmente (art. 196 da CRFB/88), sendo certo que após um certo período de extremada judicialização, tendo por objeto, principalmente, o

fornecimento de tratamentos e medicamentos alternativos ou específicos não amparados pela política pública global da referida área, há gradativamente a criação de balizas no que tange à obrigação do ente estatal de concretizar tais pretensões.

Por fim, com maior atenção às questões processuais envolvendo a judicialização de demandas cada vez mais complexas e com problemas descritos como estruturais, os quais exigem dos tribunais uma postura mais ativa e invasiva sobre outras esferas de poder nada ortodoxa a doutrina clássica de separação de poderes, é exposto e dissecado o conceito de processo estrutural e os modos como os magistrados podem se comportar dentro do referido procedimento, visando construir soluções eficientes e verdadeiramente efetivas.

3.2 - O fenômeno da judicialização, a diferença para o ativismo judicial e suas teorias explicativas.

De maneira inicial quanto à temática em análise, é importante destacar a relação existente e a diferença entre o que se denomina como ativismo judicial e o processo de judicialização dos mais variados e importantes aspectos da vida política e social. Nesse sentido, o fenômeno da judicialização acaba ocorrendo em cenários institucionais, como é o caso do Brasil, nos quais se permite e é até alimentado um maior protagonismo do Poder Judiciário, tendo em vista que o referido processo se configura como a transferência decisória contínua de questões abrangentes para as cortes, com o inegável esvaziamento das deliberações tomadas nas instâncias políticas tradicionais, ou seja, o Legislativo e Executivo.

Por conta disso, altera-se o prisma decisório e a forma de interação da sociedade na resolução de determinado conflito, visto que ao se judicializar uma questão, ela passa a ser enxergada e estudada sobre uma perspectiva eminentemente jurídica cujos indivíduos que irão debater e tentar encontrar uma solução, serão somente aqueles com acesso ao Judiciário, uma realidade que em países com forte desnível econômico e educacional, não pertence a todos.

Barroso (2012) explicita que o fenômeno da judicialização perpetrado no Brasil, o qual tem destaque somente após o ano de 1988, tem múltiplas causas, sendo uma delas a própria volta ao regime democrático do Estado com o respectivo aumento das garantias conferidas ao Judiciário, o qual passa a ser uma espécie de defensor das diretrizes constitucionais mesmo em face dos demais Poderes. Em consonância a esse novo padrão institucional do mencionado Poder estatal, há também a tentativa de consolidar uma nova cultura de cidadania nos indivíduos, estimulando, no seio da sociedade, o ideário da defesa dos direitos constitucionais individuais e coletivos, bem como a construção de mecanismos processuais que ampliam o acesso à justiça.

A judicialização no Brasil é resultado direto de uma conjuntura. O fato do Estado brasileiro ter um histórico marcado por ataques institucionais entre os Poderes, somado aos longos períodos nos quais houve uma concentração exacerbada de prerrogativas no Executivo com a subjugação das demais esferas, em especial o próprio Judiciário, fez com que o projeto de constitucionalização buscasse uma ruptura com o antigo regime militar de forma abrangente e com enorme desconfiança ao administrador e legislador majoritário. Tal propósito foi realizado com a retirada, em ampla escala, de matérias do âmbito de discussão e julgamento dos Poderes majoritários, espaço do qual tradicionalmente faziam parte, e a sua positivação na Constituição nacional como potenciais pretensões jurídicas a serem reclamadas no Judiciário.

Outro ponto exposto por Barroso (2012) que contribui para a judicialização no cenário pátrio é o sistema de controle de constitucionalidade híbrido adotado, posto que na vertente do controle abstrato/concentrado prevê um número expressivo de legitimados a propor ações de controle, as quais, em muitos casos, são instrumentalizadas pelos derrotados na esfera política, visando, justamente, rediscutir problemáticas já decididas no Parlamento. O direito de propositura amplo previsto para tais ações, acaba estimulando o uso por vezes político da corte suprema nacional, criando um ambiente no qual qualquer decisão tomada no espaço deliberativo dos Poderes políticos, seja exposta a uma análise posterior do Judiciário. Dessa forma, o tribunal é deslocado de sua normal posição para ser configurado como mais uma arena de disputa política.

Como já salientado, há uma inegável relação entre o ativismo judicial e a judicialização, ambos são fenômenos provenientes das novas prerrogativas assumidas pelo Poder Judiciário nos Estados democráticos pautados na Constituição como norma suprema, mas são distintos enquanto essência.

O ativismo judicial, já elucidado no capítulo anterior da presente análise, é um comportamento que se direciona a dar ao texto constitucional a maior amplitude e concretude possível, mesmo que isso signifique, em algumas ocasiões, invadir a esfera de atuação típica de outro Poder. De modo distinto, a judicialização se configura como o fato de haver a transferência das decisões importantes do ponto de vista, principalmente, político e social para o campo decisório dos juízes, sendo inseridas dentro dos processos judiciais com uma lógica atrelada ao jurídico e não ao político. Assim sendo, são dois pontos de íntima relação, mas que são distintos, o ato de judicializar é primevo, ou seja, um pressuposto necessário para o exercício do ativismo judicial, visto que por conta da inércia que caracteriza o Judiciário (art. 2º do CPC/15), a questão social, política, econômica, de pequena ou grande repercussão tem

que ser primeiro colocada ao alcance da análise dos magistrados e seus respectivos tribunais para poder permitir o comportamento ativista, o qual acaba, implicitamente (por meio de uma espécie de incentivo a tomada de tal caminho judicial), retroalimentando a judicialização, conjuntura que forma um ciclo.

Tal circuito pode ser explicitado por meio de etapas. De modo inicial, judicializa-se certo aspecto, o qual passa a ser uma questão processual ao alcance da corte, o ativismo porventura perpetrado confere uma tutela ou prestação que não era vislumbrada pelos meios políticos majoritários. Através disso, é transmitido implicitamente a terceiros que o caminho judicial traz mais ganhos do que a luta na arena de deliberação política. Assim sendo, é construído um sistema de retroalimentação no qual se judicializa mais, abrindo maior espaço e oportunidade para o exercício do ativismo, circunstância que é um perigo para regimes democráticos.

A judicialização extremada se choca com as premissas básicas de qualquer regime democrático. O mencionado regime para ser retratado como um regime realmente sólido, necessita da atividade política forte, isto é, de um desenho institucional no qual os Poderes eleitos, de fato, representem os anseios populares e solucionem os problemas presentes no corpo social. Por isso que o processo de escalada na judicialização representa, indiretamente, um maior descrédito com as esferas políticas, portanto um enfraquecimento da própria democracia.

Na análise da judicialização é discutido também acerca da dificuldade contramajoritária dos membros do Judiciário, ou seja, qual seria o grau de legitimidade que juízes e tribunais teriam para anular ou contrariar decisões tomadas nas esferas majoritárias, as quais são alicerçadas no voto.

Barroso (2012) expõe duas justificativas que visam limar com tais questionamentos, a normativa calcada na compreensão de que o próprio texto constitucional atribui ao Judiciário (na figura do Supremo tribunal Federal) tal função, como também a filosófica na percepção de que grande parte dos Estados modernos adotam a sistemática governamental denominada de democracia constitucional, um termo e conceito contraditório em si mesmo por ser a junção de duas ideias que classicamente colidem, posto que o alicerce do conceito de democracia é a consolidação de um governo de maioria que atenda a tais demandas, já o constitucionalismo prima por ser a construção racional de um modelo que visa evitar a tirania majoritária através de um documento garantista, não somente de direitos fundamentais, mas também das próprias minorias de momento e cuja guarda cabe ao Judiciário enquanto Poder externo (idealmente) a seara política e aos seus jogos de interesse.

Ainda na referida temática da resposta filosófica, a Constituição terá dois grandes papéis, ou seja, ser por um lado o pilar da democracia na questão de abrir espaço e conceder garantias para o florescimento de um governo de maioria com amplo espaço decisional, mas não total. Por consequência desta barreira decisória a certos temas, terá que exercer o outro papel de proteger valores e direitos fundamentais e as minorias existentes.

Como salientado, no Estado moderno construído sob a sistemática da democracia constitucional, a Carta Magna tem como base dois pilares, sendo um deles de viés democrático exposto na consolidação de um governo de maioria e outro alicerçado na defesa das minorias. Nesse sentido, é possível depreender que no prisma democrático a judicialização extremada é negativa por esvaziar aquilo que é o pressuposto do referido regime, isto é, a deliberação majoritária sobre a maior parte dos aspectos importantes da vida social. Contudo, no que tange ao viés de defesa das minorias sem muito acesso ou influência nos espaços de deliberação majoritária, a judicialização enquanto um reflexo da própria garantia constitucional do direito de ação (art. 5º, XXXV da CRFB/88), é algo positivo e até necessário para evitar que o transbordamento dos anseios daqueles que estão no poder vire uma tirania majoritária opressora das minorias.

A prática da judicialização joga luz também sobre a competência e o preparo dos órgãos judiciais para decidirem questões altamente complexas e controvertidas. Em tal ponto, Barroso (2012) apresenta referências que devem sedimentar o atuar do Judiciário, expondo que a delimitação da atuação desta instância estatal, deve ter por baliza a real percepção das suas capacidades institucionais na construção de uma decisão eficiente e definitiva para o caso em substituição à outra esfera de poder, bem como as consequências ligadas a tal julgado, isto é, quanto mais imprevisíveis forem os desdobramentos da decisão, maior deve ser o nível de deferência por parte dos órgãos judiciais aos demais Poderes.

No que tange às teorias que buscam explicar as razões envolvidas na expansão atual das cortes dentro da estrutura de muitos Estados, Brandão (2012) apresenta e conceitua duas vertentes de teorias primárias, as quais buscam encontrar as razões para o citado fenômeno, sendo chamadas de teses conceitualistas e funcionalistas.

Na compreensão conceitualista, a expansão dos tribunais está intimamente associada a uma recém-adquirida visão distinta do direito e das consequentes novas funções a serem desempenhadas pelo Judiciário dentro da estrutura estatal com a positivação de direitos e garantias fundamentais na Constituição, circunstâncias que se tornaram mais comuns na segunda metade do século XX.

Nesse sentido, uma variante desta visão explicitada pelo autor, enxerga que o processo de crescente judicialização é um mecanismo para limitar o poder dos entes internos do Estado, porque não há plena confiança nas suas competências. Logo, o processo de judicializar questões visaria evitar atos de expansão e concentração das prerrogativas por determinado Poder do Estado ao estabelecer um espaço de fiscalização recíproco, que são as cortes, dos outros pólos e com acesso também das minorias.

De forma distinta, a concepção funcionalista observa a expansão do número de demandas sendo levadas aos órgãos judiciais como o resultado da própria estrutura dos Estado contemporâneos, nos quais o poder está dividido em várias esferas e setores da máquina governamental, uma situação que naturalmente tende a gerar conflitos que, em última análise, serão levados ao âmbito decisório do Poder Judiciário o qual, em seu novo papel institucional, acaba servindo como uma espécie de mediador na concretização da ordem constitucional e no funcionamento ordeiro das diversas áreas de atuação do Estado.

As duas teorias iniciais já apresentadas, foram sendo somadas novas proposições cujo foco é a observação da atuação programada de grupos políticos importantes em prol dos seus interesses coordenados, por isso são agrupadas dentro do conceito de teorias estratégicas.

Dentro das teorias estratégicas, como uma de suas ramificações, existe a percepção de que a expansão das cortes está atrelada a questão da segurança política, ou seja, é apresentada a relação de extrema proximidade entre democracia com as suas eleições periódicas promovedoras da alta rotatividade no poder e o crescimento em importância e influência da instituição de Estado do Judiciário. Dessa forma, constata-se que, caso haja o forte temor por parte de grupos influentes dentro da estrutura estatal em perder as vindouras eleições, maior será o empenho e influência dispendida na constitucionalização e judicialização de pontos cruciais de interesses das elites dominantes como uma forma de extrair tais questões do âmbito de deliberação majoritária, estabelecendo um verdadeiro escudo para os perdedores na esfera política. Portanto, a partir de tais premissas é possível concluir também que o estabelecimento de um regime democrático com alta possibilidade e alternância no poder e a expansão dos órgãos judiciais caminham juntas (TOM GINSBURG, 2003 *apud* BRANDÃO, 2012).

Um outro prisma de observação também encaixado dentro das chamadas teorias estratégicas, explicita que a expansão do Poder Judiciário é fruto de uma insegurança das elites com a democracia atual. Assim sendo, tais grupos relevantes dentro do Estado continuam apresentando sua hegemonia, mas estão ameaçados pelo modelo de regime majoritário, o qual na contemporaneidade abriu espaço dentro do cenário político para grupos

que em períodos passados eram inexpressivos, fato que gerou uma maior disputa no espaço deliberativo do Parlamento, não sendo mais assegurada a fácil vitória dos anseios de tais elites. Em decorrência do mencionado contexto, como uma maneira de fugir de tal esfera de combate, os grupos influentes foram fortalecendo a instituição do Judiciário através do seu poder, com o fim de sedimentar o estado das coisas (*status quo*). Por conseguinte, uma conclusão proveniente deste viés analítico observará a constitucionalização como um movimento estruturado para manter as premissas inegociáveis das elites longe do espaço da política descontrolada pela influência de novos e incômodos atores, fazendo com que o Parlamento não seja mais um ambiente hospitaleiro para a concretização das vontades de certos nichos sociais privilegiados e com alto poder de influência (HIRSCHL, 2007 *apud* BRANDÃO, 2012).

Importa destacar que todas as teorias apresentadas não se excluem entre si, posto que trazem evidência a aspectos distintos que podem explicar o aumento da atuação do Poder Judiciário. (BRANDÃO, 2012).

Na sequência serão apresentadas de modo pormenorizado dois prismas específicos atinentes à temática da judicialização cuja análise de estudo terá como foco os aspectos políticos envolvidos neste processo, assim como o movimento de crescente demanda por prestações de natureza social requeridas em face do ente estatal.

3.2.1 - A judicialização da política, as situações enquadradas sob a referida denominação e as condições para a sua ocorrência.

Tendo por objeto inicial a questão referente à judicialização da política, é importante destacar que o mencionado fenômeno vem sofrendo uma expansão nos seios dos entes estatais contemporâneos, nos quais, cada vez mais, as cortes têm sido chamadas para decidir problemas que em essência deveriam ser tratados nas instâncias majoritárias, ou seja, é crescente o movimento de judicializar pontos clássicos de natureza política, tratando os referidas problemas pela via judicial inseridos no espaço de um tribunal.

Nesse sentido, Hirschl (2009) explicita que o termo judicialização da política é abrangente, sendo utilizado para se referir a três situações distintas, mas ligadas entre si. De maneira inicial, o termo pode ser percebido de forma mais abstrata e em atenção às relações sociais, ou seja, expressaria a constante utilização da lógica, ferramentas e conceitos jurídicos no espaço destinado aos Poderes eleitos em seu ofício de criação das políticas públicas. Tal circunstância estaria associada a penetração do direito na regulamentação de vários setores da

vida social, principalmente, como decorrência da maior complexidade dos atuais corpos sociais.

Ademais, um reflexo distinto da mencionada denominação vislumbrado pelo autor está associado ao processo de serem atribuídas maiores prerrogativas na escolha das políticas públicas ao Judiciário, isso em esfera nacional e internacional, sendo que a sua análise terá por base os direitos fundamentais ou a delimitação de novos limites entre os setores nas estruturas governamentais povoadas por zonas cinzentas de atuação. Em muitas situações a referida espécie de judicialização da política vai ser colocada em ação por sujeitos invocando direitos positivados na Carta Magna nacional, aproveitando-se de toda a ampla estrutura jurídica e processual sedimentada do ente estatal, para se opor, justamente, às suas políticas, decisões e práticas.

O aumento atual do mencionado processo é chamado por Hirschl (2009) de judicialização da política pura, a qual é definida como o uso reiterado dos juízes e tribunais para tratar dos assuntos mais profundos ligados à conflitos políticos centrais e definidores dos rumos da sociedade, por exemplo, questões relativas aos processos eleitorais, a economia nacional, ao regime político adotado e a formação da identidade coletiva. A abordagem e julgamento em tais áreas, faz com que a judicialização da política suba um degrau no nível de envolvimento das cortes em espaços temáticos geralmente pertencentes às demais esferas de poder lastreadas pelo voto popular. Devido a isso, a atividade jurisdicional realizada ao se tratar as mencionadas problemáticas é substancialmente política, posto que a solução a ser encontrada necessitará de uma expertise e análise para além dos contornos estritamente pertencentes ao direito. Portanto, os órgãos judiciais ao decidirem questões cruciais da sociedade ligadas à política, não conseguirão adotar uma lógica puramente jurídica, uma vez que estes temas não são característicos de tal área.

À vista disso, é essa característica salientada a diferença existente entre as duas últimas formas explicitadas e enquadradas como sendo a judicialização da política. A segunda trabalha com questões intimamente ligadas à seara processual (sua justiça interna), enquanto que na última há conflitos morais e políticos profundos que vão além do processo e não envolvem somente pontos jurídicos.

Para o autor em questão, como já foi exposto na análise das teorias estratégicas explicativas do fato da judicialização, o aumento do grau de envolvimento das cortes nos problemas políticos e sociais cruciais à sociedade é tacitamente apoiado pelos setores sociais mais influentes. Tal cenário consolida a transferência decisória de importantes questões políticas para o Judiciário, o qual é visto como uma esfera mais previsível, isto é, retira-se

certas questões importantes para as elites sociais do debate majoritário incerto, transformando, principalmente, os tribunais superiores em autênticos órgãos proferidores de decisões políticas.

As condições para que tal fato ocorra são diferenciadas por Brandão (2012) em condições políticas, institucionais e interpretativas da função a ser desempenhada pelo Poder Judiciário. No que se refere ao primeiro pressuposto, há a percepção de que a fragmentação política e a incerteza eleitoral de regimes democráticos, provoca um estímulo ao fortalecimento dos órgãos judiciais, no sentido de serem instâncias mantenedoras da democracia e seus regimes eleitorais. Ademais, em Estados federais (como é o Brasil) a forma de separação dos poderes entre os entes (fracionamento estrutural), tende a gerar inerentes conflitos entre tais setores. Por isso, o Judiciário acaba sendo um espaço mediador dos choques e desentendimentos existentes entre instâncias com o mesmo grau de poder e importância política.

Outra situação que pode ser tida como uma condição política para a judicialização é a crescente perda do sentimento de representatividade do povo nas esferas institucionais majoritárias. Como resultado disso, provoca-se uma transferência da confiança para os tribunais no que tange à concretização das pretensões em suas mais variadas espécies. Tal contexto apresenta um inequívoco enfraquecimento do regime democrático, o qual é calcado, em boa parte, nas conquistas e lutas políticas realizadas nos Poderes eleitos pelo voto.

Em sequência, o mencionado pensador aborda as condições institucionais para a judicialização da política. No que toca ao caso brasileiro, destaca alguns aspectos para o referido fenômeno, por exemplo, o estabelecimento de uma Constituição analítica que ampliou a gama de direitos fundamentais, estabelecendo por meio desta prática uma inegável diminuição no espaço de atuação das esferas eleitas em contraposição a ampliação das fronteiras de ação do Judiciário. Além disso, há a situação de um maior acesso à corte constitucional por grupos de interesse, transformando o Judiciário num novo campo de luta política para os derrotados no Parlamento.

Ainda neste ponto, na análise específica da atuação da corte constitucional brasileira (o Supremo Tribunal Federal), o amplo número de competências aliado a prerrogativa processual conferida de dar efeitos *erga omnes* aos seus julgados de inconstitucionalidade, são condições fundamentais para a expansão da judicialização no contexto pátrio.

Por fim, mas não menos importante, está a condição interpretativa dos atores que compõem os tribunais acerca da própria função institucional que cabe ao Poder Judiciário. Desse modo, é preciso ter em mente que a realocação decisória das questões naturalmente

tratadas em setores majoritários para dentro das cortes, depende de uma postura de aceitação do encargo pelo magistrado, ou seja, é preciso que tal juiz tenha em mente a concepção de que efetivamente compete também ao Judiciário resolver estas questões. Portanto, o aspecto vislumbrado dentro deste último pressuposto, é a relação existente entre os fenômenos distintos da judicialização e do ativismo já abordado, os quais interagem num ciclo.

A análise aprofundada dos significados envolvidos e das condições relativas à judicialização da política não exaurem os pontos de reflexão a serem destacados acerca desta temática. Em função disso, é importante para a maior compreensão da problemática abordada nesta seção, vislumbrar os aspectos envolvidos nas demandas levadas ao Judiciário que tenham por fundamento alguma pretensão social ligada a um direito fundamental previsto em sede constitucional.

3.2.2 - A judicialização dos direitos sociais e as recentes jurisprudências delimitadoras das pretensões ligadas à garantia constitucional da saúde.

A situação da utilização crescente de demandas baseadas nos direitos sociais previstos em sede constitucional, é algo recente na história jurídica brasileira. Até meados da última década do século XX, o discurso predominante era aquele que enxergava as normas prestacionais como sendo apenas diretrizes programáticas, por isso não podiam ser um parâmetro para se estabelecer em juízo certa exigência de ação por parte do ente estatal. Tal leitura era fortemente influenciada por uma percepção arraigada à compreensão clássica e rígida acerca do princípio da separação dos poderes, como também dos limites de atuação a serem seguidos pelos órgãos judiciais, principalmente, se forem invasivas as searas do Executivo e Legislativo.

O referido discurso, o qual era antes prevalente, já está ultrapassado, uma vez que, aos poucos, por uma grande influência da nova estrutura constitucional, foi construída e sedimentada a percepção dos direitos sociais como uma verdadeira espécie de direito fundamental. Devido a isso, a via judicial é aberta como um dos possíveis instrumentos para a sua efetiva concretude. Contudo, a escalada das ações envolvendo tal temática e as decisões controversas tomadas pelas instâncias judiciais, em muitos casos, geraram uma série de críticas e reflexões no que tange à atuação das cortes e a sua relação com as demais esferas de poder na concretização dos direitos sociais.

Nesse sentido, Souza (2008) traz dois segmentos referentes aos argumentos contrários ao atuar dos tribunais na seara dos direitos prestacionais exigidos em face do Estado. Inicialmente, é exposto às críticas de natureza principiológicas que atacam a questão da falta

de legitimidade dos órgãos judiciais no agir concretizador das prestações sociais. Assim sendo, sob uma premissa liberal observam que as cortes ao concretizarem ou determinarem o modo de realização dos direitos sociais, estariam afrontando o princípio da separação dos poderes, posto que sua atuação em tal campo seria uma usurpação ilegítima das competências dos Poderes majoritários, os quais por serem alicerçados no voto popular teriam uma melhor compreensão das demandas sociais prementes.

O ponto de defesa à atuação judicial na consolidação das demandas prestacionais e que ataca o referido postulado crítico liberal é a própria compreensão de que o Brasil por meio da sua Constituição, adotou uma posição que positivou no texto máximo originário do Estado uma série de normas sociais com caráter de prestação, não só, políticas, como também jurídicas, as quais podem ser reclamadas nos tribunais. Ademais, em adição a tal argumento, há a própria noção de que o oferecimento e a fruição de direitos sociais na proteção a um mínimo existencial, são condições que servem de base ao efetivo exercício das liberdades pelos indivíduos e da sua possibilidade de participação política como cidadão.

Ainda dentro das críticas principiológicas, existem os argumentos contrários ao agir judicial na temática das prestações sociais que encontrem respaldo no fundamento de que a mencionada atuação seria antidemocrática. Seguindo a lógica proposta por esta perspectiva, o magistrado não apresenta o necessário lastro de representatividade política para agir na área das prestações sociais, justamente, por não ser eleito para ocupar a função estatal que desempenha, como consequência ao praticar atos concretizadores ou modificadores das mencionadas pretensões, estaria se imiscuindo em uma área e temática própria dos Poderes majoritários eleitos, isso sem ter a devida legitimidade para tal. Os contra argumentos a mencionada visão, elucidam (algo já salientado) que o atuar do Judiciário na consolidação de um mínimo que seja relativo aos direitos prestacionais, garante aos sujeitos integrantes do corpo social as condições básicas capacitantes de sua real participação nos processos e debates políticos. Desse modo, tais direitos ao serem garantidos, ainda que pelos tribunais, funcionam como pilares fundamentais da possibilidade do próprio regime democrático ao desenvolver o cidadão para a total participação cívica.

Uma variável a crítica democrática expõe que a recorrente concretização dos direitos sociais pela via judicial através das ações, em geral, individuais, tende a provocar o arrefecimento do cidadão para as necessárias lutas políticas que visem consolidar tais pretensões em grau coletivo, fato que petrifica aos poucos uma relação subserviente entre os sujeitos e o Estado representado por um dos seus Poderes, isto é, o Judiciário (SOUZA, 2008).

Ademais, a segunda vertente dos argumentos que atacam a atuação dos órgãos judiciais na seara das prestações sociais, são as críticas institucionais explicitadoras dos vários problemas práticos decorrentes da efetiva executoriedade das decisões judiciais nesta esfera.

Nesse diapasão, previamente, o primeiro aspecto importante a ser observado é a constatação de que a promoção de qualquer espécie de direito envolve um certo custo a ser bancado pelo Estado, posto que até para a fruição das liberdades (chamadas de direitos de 1ª geração), é necessário o dispêndio por parte do ente estatal na construção de todo um aparato burocrático e legal que possibilite e garanta o seu exercício. Contudo, no que tange aos direitos de cunho social o encargo é algo inerente e fica ainda mais perceptível pela noção de que tais direitos são prestados de forma individualizada aos cidadãos.

O fato de envolverem um custo inerente se choca com a realidade prática orçamentária do ente estatal (um problema que é recorrente no Estado brasileiro), que tem um limite. Por isso, não é possível prestar de modo integral todos os direitos sociais sedimentados no texto constitucional, sendo necessário aos atores inseridos nos Poderes majoritários (administradores/legisladores), fazerem a escolha de qual política pública (instrumento de concretização desta espécie de direito) priorizar e implementar.

Dessa forma, a denominada crítica institucional financeira está ligada à ideia da reserva do possível no sentido de expor que potenciais decisões judiciais em demandas que pleiteiam prestações sociais, podem não ser executáveis pela falta de recursos públicos para a sua realização. A ideia de reserva do possível tem sua definição na exata compreensão daquilo que o indivíduo, enquanto cidadão, pode exigir razoavelmente da sociedade como um todo. Tal postulado se desdobra em duas componentes, uma de natureza fática e outra jurídica. Na mencionada primeira característica, a reserva do possível não pode ser ligada à situação de exaustão total dos recursos públicos, bem como ao impacto de determinada ação individual sobre o vasto orçamento estatal, uma vez que nesta análise sempre haverá uma pretensão a considerar o reduzido impacto de uma prestação sobre o todo dos recursos públicos existentes, algo que ratifica a possibilidade da pretensão de maneira equivocada. A baliza a ser adotada é a da isonomia, isto é, o Estado deve adotar uma postura de conferir a certo e discriminado indivíduo, a pretensão que poderá ser irradiada para todos os demais em mesma situação, promovendo um julgado equânime em sentido amplo no tratamento, considerando os recursos e escolhas de políticas públicas feitas (SARMENTO, 2008).

Em seu aspecto jurídico, a reserva do possível é associada a existência de uma previsão na lei orçamentária da despesa com certa pretensão, visto que por haver escassez de recursos, os órgãos majoritários deverão estabelecer prioridades. O problema vislumbrado

neste aspecto está no fato de promover a submissão dos direitos sociais de caráter prestacional positivados na Constituição a uma previsão legislativa que é inferior e se subordina à própria Carta Magna (SARMENTO, 2008).

Há outras vertentes provenientes das críticas institucionais à judicialização dos direitos sociais, uma delas se atenta para o fato de que a atuação das cortes, por vezes, de forma insular e sem observância às políticas públicas já implementadas, gera uma desordem administrativa na concretização das prioridades orçamentárias definidas. Ademais, salientam que os tribunais não têm conhecimentos técnicos específicos para verificar se a prioridade escolhida pela administração e concretizada por meio de uma política pública é adequada. Por essa perspectiva, os Poderes eleitos teriam maior expertise para tratar de tais temas, como também um maior tempo para dialogar e receber respostas dos mais variados setores sociais sobre as suas correspondentes demandas. Por fim, vislumbra-se que em países marcados pela extrema desigualdade (por exemplo, o caso explícito do Brasil) o acesso aos meios jurídicos para peticionar certos direitos é reduzido a uma parcela restrita da população com maior capacidade econômica e nível de sapiência acerca dos seus direitos.

Com base nas críticas apresentadas, Souza (2008) expõe os parâmetros materiais e processuais para a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário. Em seu viés material exhibe duas possíveis balizas de atuação das cortes, a primeira expõe como possível limite ao agir do Judiciário na concretização dos mencionados direitos, a noção já observada de mínimo existencial (a garantia de condições materiais mínimas para que o sujeito consiga viver com dignidade). Assim sendo, importa destacar que o conceito de garantia existencial básica apresenta dupla dimensão, a negativa traduzida no impedimento de que o ente estatal ou particulares retirem do indivíduo as condições mínimas necessárias para garantir a sua dignidade enquanto ser humano. Somado à primeira dimensão, há a esfera positiva ligada, justamente, a uma ideia de direitos cujas prestações são indispensáveis de serem ofertadas pelo Estado.

Como uma sobreposição à referida ideia, existe a percepção de que os limites das cortes na concretização das prestações sociais não devem se ater ao mínimo, mas sim as condições necessárias para a realização da pessoa em seu âmbito pessoal e de construção da vontade coletiva (SARMENTO, 2008).

Já o parâmetro processual é exposto na preferência por tomadas de decisões em matérias sociais vinculados às ações coletivas, as quais alargam a visão do Judiciário sobre o todo envolvendo certa demanda prestacional, para além disso tendem a garantir um maior grau de isonomia devido à circunstância de uma parcela significativa da população não ter o

devido acesso aos meios judiciais. Tais ações têm uma maior capacidade de forçar as cortes a sair do seu insulamento, estabelecendo linhas de diálogos institucionais mais profundos e soluções mais refletidas e racionalizadas em conjunto com as prioridades delimitadas pelos Poderes majoritários através do orçamento.

Após a apresentação das mais variadas críticas à judicialização dos direitos sociais, toma-se como foco o cenário brasileiro. O Estado pátrio edificado após 1988 optou por constitucionalizar explicitamente os direitos sociais em nítido reconhecimento de sua força jurídica como pretensões que podem ser reclamadas no Judiciário.

Em decorrência disso, no âmbito jurídico nacional, três teorias foram vislumbradas acerca do grau de concretização pelas cortes das referidas normas (PEREIRA, 2015).

De início, foi concebida a visão da máxima efetividade dos direitos sociais, tendo por premissa lógica a conclusão de que a sua positivação no texto constitucional, faz com que possa ser requerido em juízo diretamente. A citada visão idealiza a instituição do Poder Judiciário como um verdadeiro ator de destaque na concretização dos planos previstos na Carta Magna, mesmo que para isso interfira exacerbadamente na atuação das demais esferas governamentais, desconstituindo ou alterando seus planos e prioridades.

Em contraponto a tese anterior, o minimalismo prescreve uma postura restritiva ao agir das cortes na sedimentação de prestações de índole social, dando a devida deferência às entidades legitimadas pela vontade majoritária para definirem os seus meios de efetivação.

Tentado ser um ponto de equilíbrio entre os dois pólos anteriormente evidenciados, está a compreensão que enxerga ser necessário na concretização de um certo direito social, a realização de um juízo de ponderação orientado pelo princípio da proporcionalidade cuja vantagem é ser prudente e respeitoso aos limites fáticos à execução de tais direitos e ao espaço de liberdade conformativa que o legislador e o administrador devem ter em todo ente estatal que busque ser democrático.

Ainda em tal ponto, é importante elucidar que os direitos sociais são viabilizados por meio de políticas públicas racionalizadas e colocadas em prática pelos Poderes majoritários. Portanto, uma leitura apressada e superficial entenderia ser incabível a intromissão judicial em tal seara. Contudo, o Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 45 julgada em 2004, estabeleceu o precedente inicial que sedimentou as bases para um possível controle judicial que vise viabilizar a real efetividade e concretização das políticas públicas e dos direitos sociais dela provenientes estabelecidos na Constituição, no caso de terem sido descumpridas total ou parcialmente pelos Poderes destinatários do comando constitucional da sua prestação.

Na construção do precedente, o STF entendeu se tratar de uma prerrogativa conferida pela própria Carta Magna ao tribunal, isto é, tornar tais direitos efetivos à população seria uma dimensão política da jurisdição constitucional. Importa salientar que o mencionado juízo expôs que entre as funções institucionais do Poder Judiciário, não está, de modo ordinário, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, sendo essa uma função originária dos entes eleitos. Entretanto, passa a ser atribuída às cortes (os órgãos judiciais) quando tais esferas estatais descumprem os encargos políticos-jurídicos a eles direcionados pela Constituição. É destacado, ainda, que o argumento da falta de recursos para a concretização de certa pretensão social por parte do Estado (argumento da reserva do possível) deve ser comprovado objetivamente pelo ente, impedindo-se, claramente, o uso de tal argumento abstrato como uma fuga de suas obrigações em termos de execução das políticas públicas.

Analisando com mais profundidade a temática envolvendo a questão dos direitos sociais no território nacional, uma das grandes influências no processo expansivo da judicialização no Brasil são as demandas baseadas no direito fundamental à saúde (art. 196 da CRFB/88). Tal fenômeno tem início no decorrer da década de 1990, já sendo um reflexo direto da nova estrutura constitucional e se torna ainda mais destacado nos primeiros anos do século XXI. As demandas alicerçadas no mencionado direito social, visavam, na maioria dos casos, a oferta de medicamentos ou tratamentos específicos por parte do Estado.

Ferraz (2019) observa que numa análise primária, a judicialização da saúde poderia expressar a representação de alguns pontos positivos, por exemplo, uma maior consciência da população sobre os seus direitos e uma postura nova proativa do Estado na concretização de tais pretensões. Entretanto, uma abordagem mais aprofundada revela que a maior parte das demandas não é produto dos reais problemas do sistema público de saúde brasileiro, além de ser extremamente concentrada nas regiões de maior poder aquisitivo do país, aspecto que reforça a crítica institucional à atuação do judiciário em demandas envolvendo certas prestações sociais, a qual alerta para a diferença fática existente de acesso à justiça. Há, indubitavelmente, pelos dados apresentados pelo autor, um privilégio e uma abertura maior a certas camadas sociais para peticionarem em tais instâncias jurídicas os seus requerimentos, os quais, por vezes, são distintos dos reais e profundos problemas enfrentados pelo grosso populacional no que se refere às suas demandas em face do sistema público de saúde nacional.

Na prática jurisdicional pátria, criou-se a percepção de que o direito à saúde é uma expressão do próprio direito fundamental à vida, conseqüentemente os tribunais nacionais passaram a interpretar e construir uma jurisprudência altamente expansiva da referida

pretensão, fazendo com que praticamente qualquer demanda fosse aceita em sede processual, mesmo em total desacordo com a política pública global prevista pelo Estado. A exposta circunstância fez com que muitos julgados provocassem uma enorme desorganização administrativa, como também a retirada de recursos fundamentais de pontos prioritários.

Nesse sentido, a consolidação deste modelo de jurisprudência ocasionou impactos negativos profundos ao sistema público de saúde, por fragilizar a sua sustentabilidade para a população em geral, posto que pelo orçamento ser limitado, há a retirada de recursos do todo e o direcionamento de tal verba para o atendimento de demandas específicas. Ademais, colide com o próprio ideal de isonomia que deve pautar a atuação do citado sistema, visto que acaba privilegiando a fruição às pretensões daqueles que conseguem ter maior acesso ao Judiciário.

Desse modo, torna-se importante evidenciar que tal abordagem judicial expansiva ligada às demandas calcadas no direito à saúde, reflete, em parte, uma reação à inefetividade das políticas públicas neste âmbito de atuação do Estado. Entretanto, os precedentes que foram construídos desde a última década do século XX, não resolvem e sim aprofundam tais problemáticas. No momento atual, é crescente a percepção de que a jurisprudência concretizada nas ações envolvendo o direito fundamental à saúde, traz mais prejuízos que benefícios ao sistema público de saúde geral por desequilibra-lo em favor de alguns. Portanto, começa a surgir, de modo paulatino, uma reforma na abordagem jurídico-processual de tais pretensões com o enquadramento de limites referentes ao que pode ser petitionado do Estado.

Um dos primeiros julgados na construção de parâmetros envolvendo as demandas com a temática do direito à saúde, foi dado através do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Declaração no Recurso Especial de nº 1.657.156/RJ. Nesta decisão, ficou estabelecido que o fornecimento de medicamentos não inseridos na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) pelo Poder Judiciário, deve ocorrer somente com o cumprimento de três requisitos, isto é, a comprovação por laudo médico fundamentado da necessidade do respectivo medicamento e a ineficácia para o tratamento da doença por meio dos fármacos oferecidos pelo SUS, a incapacidade financeira do indivíduo arcar com tal tratamento e, finalmente, a existência do registro na Anvisa.

Posteriormente e em aprofundamento à referida diretriz exposta no julgado anterior, o Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG trabalhou a questão das drogas experimentais e do chamado registro de medicamentos.

Na edificação da tese de repercussão geral, criou uma regra sem exceção, a qual é expressa na assertiva de que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos experimentais. Além disso, expôs como baliza geral que a ausência do registro na Anvisa,

impede o fornecimento do fármaco (não experimental) por decisão judicial. No entanto, asseverou uma exceção na situação de haver demora irrazoável na avaliação do requerimento de inscrição por parte do órgão estatal, desde que somado a isso estejam preenchidos três requisitos, os quais são a existência do requerimento de regulamentação no Brasil (salvo doenças raras/ultra raras) ou a existência do registro em renomadas agências de regulação no exterior e, finalmente, a inexistência de substituto terapêutico em solo nacional.

Os julgados explicitados evidenciam uma nova postura do Judiciário no que se refere à judicialização da saúde no Brasil com a proposição e sedimentação de limites sobre o que é possível requerer do Estado, principalmente, em matéria de tratamentos e medicamentos.

3.3 - O processo estrutural como resultado do quadro institucional impositor de um novo modo de atuação judicial e os seus aspectos satélites.

Em maior atenção aos aspectos processuais do objeto analisado no presente capítulo, o movimento crescente de judicialização das mais importantes e variadas questões da seara política e social, gerou a necessidade da remodelação do processo, visando atender demandas cada vez mais complexas, as quais exigem por parte das cortes, na maioria dos casos, uma atuação nova, articulada e invasiva às outras instâncias de poder.

Dessa forma, na contemporaneidade, o Judiciário e seus atores passaram a ter que agir com uma postura desvinculada daquele ideário clássico de quase total segregação e mecanização no agir. Nesse novo contexto de maior complexidade e interconexão nas problemáticas abrangidas pelas pretensões levadas às cortes, surge o modelo de processo estrutural e suas questões satélites associadas de problema, litígio e decisão estrutural.

Inicialmente, é importante evidenciar a ligação entre os mencionados pontos para a sua posterior explicação pormenorizada. O circuito começa com a existência de um problema de caráter estrutural produtor de um litígio do mesmo gênero, o qual ao ser apresentado ao tribunal pode ser enquadrado no processo de modelo estrutural ao fim do qual se produz uma decisão que visa combater efetivamente a problemática raiz da demanda.

Nesse sentido, o problema estrutural é caracterizado como a situação de não regularidade (pode ser ilícita ou lícita) permanente, podendo ser associada ao funcionamento errôneo de certo ente governamental, a violação reiterada de determinado direito fundamental, a ineficácia ou inexistência de uma necessária política pública, etc. Assim sendo, todas essas questões devem envolver múltiplos pólos de interesse.

Com base na referida questão, promove-se um litígio que ao ser trabalhado no processo estrutural, visará estabelecer uma forma de transição entre a circunstância de

inadequação permanente e um pretense estado ideal. Por isso, o referido procedimento terá como característica marcante ser construído com base em duas fases, a inicial de reconhecimento e delimitação do problema estrutural enfrentado, como também uma posterior, na qual se consolida um caminho a ser seguido para reestruturar a situação de inadequação (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2020).

Esse é, aliás, o objetivo da decisão estrutural fruto deste modelo processual, ou seja, constatar a existência de um estado de desconformidade inicial indesejado e colocar uma meta de ruptura com tal situação e o modo de alcançá-la através de um período de transição, sendo em sequência adotado medidas executivas tendo como diretriz o mencionado ideal.

Importa destacar que conflitos da citada característica podem ser trabalhados em processo não estruturais, sejam eles individuais ou coletivos. No entanto, tais modelos processuais não conseguem solucionar o cerne das questões que envolvem litígios de natureza estrutural, acabam gerando julgados desconexos que provocam desordem administrativa e falta de isonomia por terem, geralmente, um grau de complexidade e interesse social mais amplificado. Tal espécie processual tem características típicas, mas não fundamentais, as quais são expostas nos extensos centros de interesse contrapostos em tais ações (multipolaridade), aliada ao fato de serem, em grande parte, tratadas em ações coletivas e com um nível de complexidade exacerbado, ou melhor, há um número de soluções díspares e viáveis de serem executadas.

Sendo assim, por uma lógica excludente, as suas características essenciais são a necessária existência de um problema estrutural e a pretensão de alterar tal situação para um ponto ideal através de um procedimento bifásico com alto grau de diálogo, consensualidade e flexibilidade interna.

Acerca do último ponto característico exposto, exemplos da mencionada flexibilidade procedimental poderão ser observados em quesitos como a ampliação do fórum para debate dentro do processo, ou seja, na promoção de uma maior abertura à participação de terceiros na construção de uma solução eficiente para o litígio estrutural. Somado a isso, um outro ponto a ser destacado, é a possível adoção de práticas alternativas no momento executório das decisões estruturais, seja através da criação de entidades para a resolução de conflitos coletivos ou a atribuição da responsabilidade executória das medidas a terceiros, fazendo com que o juízo tenha bases de apoio externas para a promoção das mudanças desejadas (DIDIER JR; ZANETI JR; OLIVEIRA, 2020).

A abordagem no processo estrutural tem por parâmetro a ideia de que o Judiciário deve agir para solucionar as demandas apresentadas por força do princípio da inafastabilidade

de jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB/88). Dessa forma, é importante evidenciar as quatro diferentes formas como podem ser implementadas as decisões estruturais pelos magistrados. Destaca-se que por serem tipos ideais dificilmente aparecem de forma isolada na realidade concreta dos casos levada à juízo (STURM, 1990 *apud* OLIVEIRA E RIBEIRO, 2021).

Na postura estratégica, o juiz atua como verdadeiro centro do processo, uma vez que é o responsável principal por implementar as medidas necessárias para reestruturar uma situação tida como não ideal. Constrói uma decisão detalhada que possui como vantagem a simplificação do procedimento a ser adotado, mas como ponto negativo a menor participação das partes no processo de tomada de decisão, conseqüentemente a menor aderência às medidas estabelecidas.

Em sentido oposto, a abordagem deferente confere protagonismo às partes na formulação do plano de reestruturação e mecanismos utilizados para a reforma da situação em desconformidade. Por isso, tem como ponto alto e ao mesmo tempo baixo, a maior participação conferida às partes, porque se por um lado o juiz amplia o diálogo e toma uma posição de maior imparcialidade, por outro não possui a garantia de que haverá a cooperação plena dos envolvidos.

Ainda no desenvolvimento de tal ponto, o juiz pode atuar também como mediador, incentivando as partes a chegarem numa solução consensual sem o uso de qualquer sanção formal, bem como um agir catalisador, isto é, dialoga e debate com os pólos de interesse envolvidos na demanda, buscando racionalizar e sedimentar uma solução eficaz, a qual será executada com o auxílio de ferramentas de coerção. Portanto, ambas as estratégias anteriores explicitadas apresentam como ponto positivo a abertura do espaço para que uma gama maior de entes participem no processo de construção conjunta da solução, já a desvantagem destes modelos é serem mais custosos e exigirem a atuação mais exaustiva do juiz.

Pelo que foi exposto, fica claro que o processo de natureza estrutural surge e é um resultado de uma conjuntura jurídico-política muito presente nos Estados sedimentados sob um regime democrático constitucional (como é o caso do Brasil), nos quais há pela estrutura institucional uma abertura (até incentivo) de caminhos para que demandas amplas e complexas em nível social, político e econômico sejam apresentadas ao Judiciário, exigindo por parte da referida instituição uma postura nova. Nos processos estruturais é exigido uma postura ativa do magistrado, isto é, desconectada do ideal clássico de atuação dentro do processo, principalmente, o modelo procedimental construído para solucionar lides bilaterais nas quais os interesses eram, quase sempre, privados. O magistrado dentro do mencionado tipo processual tem como imposição funcional estabelecer um ambiente colaborativo e

democrático, com o fim de que o processo seja efetivo na resolução do problema estrutural levado à juízo. Para isso, é importante que haja a maior abertura possível ao diálogo e cooperação entre os atores processuais durante a prática jurisdicional, visto que um procedimento pautado apenas na imposição e império gera altos custos para o Estado.

Considerações finais

É inegável que o Judiciário brasileiro possui na atual configuração do Estado nacional um protagonismo nunca antes experimentado na história institucional do país. Tal cenário tem como ponto inicial o processo constituinte originador da Carta Magna de 1988, isto é, um documento garantidor de direitos e postulados ofertados em face dos Poderes majoritários, os quais por estarem positivados em um texto jurídico podem, em última análise, ser peticionados pelos cidadãos nos tribunais.

É com base nesta circunstância que foi proposto e desenvolvido o tema do presente estudo, tendo como objeto, justamente, discorrer sobre os eventuais limites a serem enxergados e que devem pautar a atuação do Poder Judiciário nos Estados democráticos constitucionais, isso por meio de uma análise mais atinente e associativa com as questões processuais que permeiam o assunto.

A temática é de fundamental importância por trabalhar com um problema que aflige inúmeros entes estatais signatários do regime democrático-constitucional pautado na separação dos poderes fluída de origem norte-americana. O mencionado modelo de Estado gera zonas cinzentas de atuação e fiscalização recíproca entre os Poderes, fazendo com que, por vezes, a atuação invasiva do Judiciário sobre as outras áreas provoque graves crises institucionais.

O Estado brasileiro edificado no ano de 1988, foi fortemente influenciado e tem suas bases sedimentadas pelas ideias e premissas que foram construídas e colocadas em ação originariamente nos Estados Unidos da América, ou seja, toda a estrutura estatal nasce e é pautada pelas diretrizes postas na Constituição cujo guardião é o Judiciário (no cenário brasileiro representado na figura do Supremo Tribunal Federal - art. 102 da CRFB/88), devido a isso esta instituição ganhou grande protagonismo como uma inerência do próprio desenho institucional salientado.

Assim sendo, a pesquisa desenvolvida evidenciou que o ambiente institucional vigente no Brasil está inserido dentro do contexto representativo da dificuldade na delimitação do espaço necessário para a ação das cortes frente às outras esferas de poder, tendo por objetivo construir e estabelecer uma atuação harmoniosa com o eficiente e costumeiro diálogo entre os setores do Estado.

Com base nisso, foi possível evidenciar pelo estudo apresentado que a atuação expansiva do Judiciário é positiva e até necessária em certos casos, por exemplo, na defesa de

minorias sem tanto acesso ou poder de influência nos Poderes majoritários para equilibrar a balança do próprio sistema, evitando uma tirania da maioria.

Ademais, no que tange ao cenário de excessiva judicialização dos mais variados problemas sociais e políticos e a postura de ativismo praticada, tais fenômenos abrem caminho para uma situação na qual o ideal equilíbrio entre os Poderes, que é algo fundamental em qualquer estrutura governamental harmoniosa, seja desequilibrado, gerando uma maior prevalência do Judiciário, fato que afeta sobremaneira a questão da democracia, visto que os magistrados, geralmente, não são eleitos para ocuparem a sua função pública, mas em muitas situações, por conta das mencionadas problemáticas expostas, decidem conflitos cruciais para toda a sociedade. Por isso, o estudo dos limites ao agir dos tribunais e juízes neles inseridos, é uma análise também da delimitação que deve existir entre a atuação expansiva do Judiciário passível de ser enquadrada e compatível com o regime dito democrático.

Somado a tal ponto, influem no maior protagonismo do Judiciário nacional a forma de controle de constitucionalidade híbrida adotada, a qual em seu viés abstrato/concentrado prevê um rol grande de legitimados a propor ações de controle, dos quais há, inclusive, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, situação que, em inúmeros casos, faz com que o tribunal máximo nacional tenha que se imiscuir em questões políticas controvertidas, como uma espécie de revisor.

Foi mostrado que a atuação dos tribunais nas controvérsias políticas é, em maior escala, deletéria à instituição do Judiciário dentro de uma democracia. Em muitos casos, as cortes são instrumentalizadas pelas forças influentes da sociedade e da própria política, por exemplo, quando determinado ator político foge da sua responsabilidade na decisão sobre um ponto com alto ônus eleitoreiro, transferindo-o para os tribunais, como também no caso em que as cortes trabalham como mais uma instância de luta política para os derrotados no Parlamento.

Evidencia-se durante o desenrolar da pesquisa apresentada que o sistema brasileiro de precedentes não é *a priori* uma ferramenta que limita o ativismo judicial, uma vez que a forma como o instituto foi estruturado na Constituição e no Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15), a limitação da prática ativista irá depender da forma como atuam as cortes superiores.

Ademais, na questão relativa aos direitos sociais, foi observada que a atuação invasiva do Judiciário nem sempre é benéfica, sendo necessário buscar cada vez mais a construção institucional de eficientes canais de comunicação e trocas (*feedbacks*) entre os setores estatais,

haja vista que a sociedade se tornou extremamente complexa, gerando demandas profundas em face do Estado e seus respectivos Poderes. Desse modo, não é cabível, hodiernamente, uma separação dos poderes rígida. Com isso, por vezes, será necessário que o Judiciário atue como o motor para o agir de um certo poder que não está cumprindo com sua função constitucional. Contudo, tal exercício precisa ser feito de forma racionalizada e com temperança, já que a atuação reiteradamente invasiva do judiciário sobre os outros Poderes, tende a gerar conflitos e não uma solução dialogada e eficiente dos problemas.

Após todo o decorrer da pesquisa realizada, com foco no cenário brasileiro, é possível constatar que a atuação invasiva do Judiciário é algo natural do próprio modelo de Estado construído a partir de 1988. Nesse contexto, é extremamente difícil estabelecer de modo prévio o limite à atuação dos tribunais, os quais foram expandindo a sua zona de interferência, principalmente, na virada para o novo século. A delimitação do espaço de atuação das cortes dependerá de uma observação casuística acerca da matéria tratada (são matérias típicas à análise do Judiciário, por exemplo, direitos fundamentais) e do nível de envolvimento (gera um grande envolvimento político fragilizador da instituição) e expertise (os outros Poderes são mais preparados e têm uma visão mais amplificada da pretensão) para resolver de modo eficiente a questão peticionada. Sobre isso, o que é possível compreender é que a atuação invasiva e protagonista do Judiciário nas mais variadas esferas sociais e políticas, tende a enfraquecer a imagem da instituição, o grau de segurança e confiança em seus julgados.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, J. A. G. Montesquieu: sociedade e poder. In WEFFORT, F. (org). **Os clássicos da política**. Vol I. São Paulo. Ed. Ática, 2006, p. 111-185.

BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista : Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752> >. Acesso em: 17/09/2021.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[SYN]THESIS**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. ISSN 2358-4130. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433> >. Acesso em: 17/09/2021.

BRANDÃO, R. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? 1ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 3 de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm >. Acesso em: 16/05/2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm >. Acesso em: 16/05/2022.

BRASIL. **Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm >. Acesso em: 16/05/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 16/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no REsp nº 1.657.156/RJ**, Rel. Min. Benedito Gonçalves. 1ª seção, Julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=21/09/2018 >. Acesso em: 03/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 45**, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 29/04/2004, DJ 04/05/2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>>. Acesso em: 03/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no RE nº 657.718/MG**, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min, Roberto Barroso. Plenário, Julgado em 22/05/2019, DJe 09/11/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>>. Acesso em: 03/06/2022.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

DIDIER JR., F. S.; CUNHA, L. C. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 17ª ed. v. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., F. S. Sistema Brasileiro de Precedentes Judiciais Obrigatórios e os Deveres Institucionais dos Tribunais: Uniformidade, Estabilidade, Integridade e Coerência da Jurisprudência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 64, p. 135-146, abr/jun. 2017. ISSN 1413-3873. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1255807/book_rmp_64.pdf>. Acesso em: 16/05/2022.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, p. 101-136, jan./mar. 2020. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-75>>. Acesso em: 03/06/2022.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e 1934. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712/77053>>. Acesso em: 03/06/2022.

GONÇALVES CARLOS, F. Separação de Poderes: Da concepção Clássica à Noção Contemporânea. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 286-317, jan-abr 2017. ISSN 2236-8957. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_286.pdf>. Acesso em: 19/09/2021.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. **Revista de Direito Administrativo: RDA**. Rio de Janeiro: FGV, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 04/03/2022.

HOBBS, T. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Costa e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994 - (coleção clássicos do pensamento político). ISBN 85-326-1240-7.

MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. ISBN 85-209-0476-9.

MALUF, S. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. ISBN 9788553610013.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**: comentários de Napoleão Bonaparte. Tradução de Edson Bini e Márcio Pugliesi. 14ª ed. Curitiba: Hemus, 2002

MELLO, L. I. A. John Locke e o individualismo liberal. *In* WEFFORT, F. (org.). **Os clássicos da política**. Vol I. São Paulo. Ed. Ática, 2006, p. 80-110.

MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, L. Z.; RIBEIRO, L. A. P. Processo estrutural: da importância da atuação do julgador. **CONPEDI LAW REVIEW**, evento virtual, v. 7, n. 2, p. 56-75, jul./dez. 2021. Disponível em: < <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/8129> >. Acesso em: 03/06/2022.

PEREIRA, J. R. G. DIREITOS SOCIAIS, ESTADO DE DIREITO E DESIGUALDADE: REFLEXÕES SOBRE AS CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n.3, p. 2079-2114, 2015. ISSN 1516-0351. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19384/14150> >. Acesso em: 17/09/2021.

RIBEIRO, R. J. Hobbes: o medo e a esperança. *In* WEFFORT, F. (org.). **Os clássicos da política**. Vol I. São Paulo. Ed. Ática, 2006, p. 51-78.

ROCHA, L. B. A.; BARBOSA, C. M. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 116-134, 2015. ISSN 2236-1677. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3046> >. Acesso em : 16/05/2022.

SADEK, M. T. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem *fortuna*, o intelectual de *virtú*. *In* WEFFORT, F. (org.). **Os clássicos da política**. Vol I. São Paulo. Ed. Ática, 2006, p.11-50.

SARMENTO, D. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *In* SARMENTO, D. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-205.

SARMENTO, D. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P; SARMENTO, D. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Souza, A. A. O tradicional Sistema Processual Brasileiro e a Revolução dos Precedentes Judiciais no CPC/15. **Escola Superior de Advocacia da OAB/MG**. Disponível em: < http://www.esamg.org.br/artigo/Art_Adriano%20Ant%C3%B4nio%20de%20Sousa_17.pdf >. Acesso em: 16/05/2022.

SOUZA NETO, C. P. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, C. P; SARMENTO, D. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, C. P; SARMENTO, D. NOTAS SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA; A QUESTÃO DA “ÚLTIMA PALAVRA” E ALGUNS PARÂMETROS DE AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013. ISSN 1516-0351. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773/9225> >. Acesso em: 17/09/2021.