

NOTAS SOBRE O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

NOTES ON THE EXERCISE OF JURISDICTION IN THE CONTEMPORARY STATE

João Bastos Nazareno dos Anjos¹
Rafael Espíndola Berndt²

Resumo: Para compreender, ainda que de forma introdutória, o modo de agir do Poder Judiciário no Estado contemporâneo, é forçoso examinar a sucessão histórica dos modelos de organização política do Estado. Nessa análise, constata-se que a atuação judicial muda conforme as alterações sofridas pelo ente estatal, sendo certo que, em um Estado Democrático de Direito, a figura do juiz assume um papel de concretizador de direitos fundamentais, ainda que tenha de, eventualmente, agir na seara do controle das atividades desempenhadas pelos demais poderes.

Palavras-chave: Estado; poder judiciário; direitos fundamentais.

Abstract: To understand, even in an introductory manner, the way the Judiciary operates in the contemporary State, it is necessary to examine the historical succession of the State's political organization models. In this analysis, it is observed that judicial action changes according to the alterations undergone by the state entity, and it is certain that, in a Democratic Rule of Law, the figure of the judge assumes the role of

1. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Università degli Studi di Perugia (UNIPG). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. *e-mail*: bastosnazareno@gmail.com

2. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI e UMINHO (Portugal). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC e Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *e-mail*: rafaelberndt@tjsc.jus.br

enforcer of fundamental rights, even if they must occasionally act in the realm of controlling the activities performed by the other branches of government.

Keywords: State; judiciary; fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo consiste na descrição da sucessão histórica dos modelos de organização política vivenciada pelo Estado, desde o Estado Liberal até o atual Estado Democrático de Direito, a fim de buscar compreender como a atuação judicial também evoluiu conforme as mudanças percebidas pelo Estado.

Isso porque o Poder Judiciário, como manifestação estatal, não pode restar infenso às evoluções experimentadas pelo Estado ao longo do tempo. Essas mudanças repercutem no modo de agir do juiz, cujo papel se transforma de um mero espectador a um agente responsável pela concretização de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Impende compreender a importância da legitimidade democrática necessária ao exercício da atividade jurisdicional, como fiadores direitos fundamentais, mesmo que, para tanto, o magistrado tenha que atuar na seara política, como ocorre, por exemplo, no controle de políticas públicas de saúde.

Com o propósito de desenvolver a pesquisa, no que tange à metodologia, empregou-se o método indutivo na fase de investigação e o cartesiano, na etapa de tratamento de dados, e, por fim, na elaboração do texto, lançou-se mão da lógica indutiva (Pasold, 2018).

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, importa examinar a sucessão histórica dos modelos de organização do poder político, a fim de compreender o papel que a função jurisdicional desempenhou ao longo desse itinerário.

Atendendo aos fins didáticos deste estudo, analisa-se o modelo do Estado Liberal para, em seguida, tratar do Estado Social de Direito e, por fim, do Estado Democrático de Direito.

2.1 Estado liberal

Em que pese haver divergência a respeito, pode-se afirmar que desde o século XIII, o Estado, em sua versão moderna, exsurgiu como uma nova forma de organização de poder destinada à garantia da paz e alicerçada em um poder unitário e absoluto concentrado na pessoa do príncipe (Ranieri, 2001).

Em um primeiro momento, não havia controle jurídico do exercício do poder, impossibilitando, naturalmente, a participação do povo na formação da vontade estatal. Nelson de Souza Sampaio ensina que essa forma de Estado absoluto era o chamado “Estado Polícia”, em oposição ao “Estado de Direito”. Segundo o autor, o monarca absoluto tinha a incumbência de cuidar da paz do reino e do bem-estar dos seus súditos, desempenhando um papel de governante patriarcal e podia exigir obediência de seus governados até mesmo em matéria religiosa. Destarte, apesar de ostentar poder de decretar as leis, a elas o monarca não se sujeitava (Sampaio, 1978).

Maurizio Fioravanti, referindo-se à história constitucional europeia, ensina que o constitucionalismo nasce simultaneamente ao Estado moderno, a fim de controlar, limitar e submeter a regras aqueles poderes públicos que se colocaram em posição de centralidade nos territórios a partir do século XIV (Fioravanti, 2009).

Com o passar dos séculos e a erosão progressiva do poder absoluto do monarca, emerge uma nova concepção estatal, conferindo à burguesia poder de decisão “por meio da função legislativa, e o Estado se estrutura no ordenamento jurídico, encontrando justificação material na ordem natural da economia” (Ranieri, 2001, p. 613).

Desse modo, no século XVIII, o Estado Liberal surge como expressão da conquista do poder político pela classe social que já detinha o poder econômico na Europa, a burguesia, daí porque Paulo Bonavides

assevera que, antes, o poder político do rei tinha ascendência sobre o poder econômico representado pelo feudo, mas que, posteriormente, ocorreu o inverso: “é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal democracia” (Bonavides, 2004, p. 55).

Importa ter claro que o mote que inspira esse modelo liberal de organização é o de que o poder do Estado deve ser contido, de modo que o ente estatal se abstenha de intervir na esfera privada, com o fito de salvaguardar as liberdades individuais. Em síntese, o Estado Liberal é nutrido pelos ideais da doutrina liberal, segundo a qual o Estado ostenta a primordial função de resguardar os direitos naturais das pessoas, como liberdade individual, liberdade contratual e propriedade (Dallari, 1998).

Sobre a relação do movimento iluminista com a superação do Estado absolutista rumo ao Estado liberal, Gregório Assagra de Almeida assinala:

A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal de Direito deu-se em razão do movimento iluminista surgido na Europa, tendo como principal centro a França. Locke, Montesquieu, Rousseau, dentre outros, sustentando os ideais iluministas no sentido da proteção dos indivíduos contra a ingerência e interferência absolutista do Estado, inspiraram a declaração de independência dos Estados Unidos, ocorrida em 1776, que se consagrou com o nascimento, em 1787, da Constituição dos Estados Unidos, elaborada com a consagração da garantia da liberdade individual, da proteção dos direitos do cidadão e da propriedade privada. Esses ideais também inspiraram a Revolução Francesa de 1789 e a mudança de regime político na França, com a elaboração da Constituição Francesa de 1791. Tais movimentos iluministas espalharam-se por todo o mundo civilizado (Almeida, 2003, p. 48).

Desse modo, o princípio da legalidade desempenha um papel de destaque no Estado Liberal, porquanto em defesa das liberdades individuais impõe-se limites ao exercício do poder estatal aos termos estabelecidos por meio das normas jurídicas abstratas e gerais.

Nesse contexto, convém evocar os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, que sintetiza os seguintes elementos formais do Estado de Direito:

(1) o princípio da constitucionalidade e correlativo princípio da supremacia da constituição (2) divisão dos poderes, entendida como princípio impositivo da vinculação dos actos estaduais a uma competência, constitucionalmente definida e da ordenação relativamente separada de funções; (3) princípio da legalidade da administração; (4) independência dos tribunais (institucional, funcional e pessoal) e vinculação do juiz à lei; (5) garantia da protecção jurídica e abertura da via judiciária para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais(Canotilho, 2013, p. 255).

Após a independência dos Estados Unidos (1776) e a Revolução Francesa (1789), o Estado Liberal se consolida, exibindo, como características básicas, as noções de supremacia da Constituição, separação de poderes, primazia da lei e garantia dos direitos individuais (Sundfeld, 1997). É certo, demais disso, que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por exemplo, representou um marco histórico em prol da protecção do indivíduo em relação aos desmandos do Estado, impondo uma série de deveres de abstenção, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo, com o objetivo de resguardar sobretudo a liberdade e a propriedade dos cidadãos.

Sobre as diferenças entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia, Jorge Miranda leciona:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes, a representação política (Miranda, 2018, p. 42).

No bojo do Estado Liberal vicejaram os direitos de primeira geração, atrelados notadamente ao princípio da liberdade, momento em que prevalecia a ideia rousseauiana de supremacia da lei como expressão da vontade geral, competindo aos juízes limitarem-se à aplicação mecânica da lei, permanecendo “nulo” como poder, de modo que um dos documentos “mais importantes e famosos da época revolucionária foi a própria Lei de 16 – 24.8.1790, no bojo da qual existia severo dispositivo proibindo aos Juízes de interferir de qualquer modo com o poder legislativo (como também com o poder executivo) [...]” (Cappelletti, 1990, p. 930).

Mauro Cappelletti esclarece que, à época do Estado Liberal, o judiciário, apesar de ser visto como autoridade, não tinha o *status* de poder, na medida em que, para além da desconfiança popular em relação aos juízes do antigo regime, os quais boicotavam a modernização do regime, é importante salientar uma razão ideológica consistente na ideia de que o poder legislativo é exercido pelos representantes do povo, cabendo ao magistrado apenas aplicar passivamente a lei vigente (Cappelletti, 1990).

Após a revolução industrial, multiplicaram-se os movimentos sociais, o que pressionou o Estado Liberal a assumir um papel mais ativo e intervencionista para reduzir as desigualdades sociais. É certo que essa postura absentéista do Estado Liberal, no entanto, revelou-se insuficiente para apresentar respostas idôneas ao enfrentamento de injustiças sociais, o que acabou por dar ensejo ao surgimento de um outro modelo estatal, que assumiu uma postura assistencial, com políticas públicas de cunho intervencionista.

2.2 Estado social de direito

Tendo em vista as marcantes injustiças que o absentéismo estatal, associado ao ideário liberal, acabaram por gerar, diversos movimentos sociais, no século XIX, surgiram, deixando clara a incapacidade das liberdades burguesas de atender aos reclamos por justiça social (Silva, 1988).

Como pondera Trevor R.S. Allan, o objetivo central do ideal liberal é a garantia de que qualquer interferência na liberdade ou propriedade das pessoas seja disciplinada por leis gerais, cujos propósitos sejam a promoção de algum aspecto do bem público, isto é, não são projetadas para atender a necessidades particulares de pessoas específicas (Allan, 2003, p. 39).

Assim, conforme escólio de José Afonso da Silva, o Estado de Direito teve de abandonar a formalidade, a neutralidade e o individualismo para converter-se em um Estado Material de Direito voltado para a realização da “Justiça Social”. Para o autor, um Estado Social de Direito emprega o qualificativo “social” a fim de corrigir o individualismo clássico liberal pela afirmação de direitos sociais (Silva, 1988).

Porém, o autor registra sua crítica à concepção do Estado Social de Direito:

[...]ainda é insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, ainda que, como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambiguidade, porém, é manifesta. Primeiro porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito, menos a ideologia marxista, que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 1930 [...] foram “Estados Sociais” (Silva, 1988, p. 975).

Gregório Assagra de Almeida, a respeito da mudança essencial ocorrida do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, pondera que a complexidade social e o surgimento de movimentos sociais obrigaram o Estado a deixar a neutralidade para assumir uma posição de protetor de interesses sociais, notadamente em razão da Revolução Industrial, “que se espalhou por todo o mundo e fez surgir, em face da necessidade de defesa da própria sociedade civil, o sindicalismo, como sinal da organização da classe trabalhadora” (Almeida, 2003).

A postura intervencionista do Estado fez-se ainda mais premente após a I Guerra Mundial e a Grande Depressão, quadra da História em que o Estado passou a assumir de modo mais acentuado a obrigação de realizar a prestação direta dos serviços considerados essenciais à sociedade e de ser mais atuante na exploração de atividade econômica (Ranieri, 2001).

Importante destacar, no entanto, que essa transição do Estado Liberal para o Estado Social não foi marcada por um rompimento abrupto com os princípios do liberalismo (Cruz, 2000).

Em verdade, como esclarece Jorge Miranda, essa mudança consistiu em uma “fase seguinte” em relação ao modelo liberal (Miranda, 2003), visto que a liberdade das pessoas continua a ser o valor básico da vida coletiva e a limitação do poder político um objetivo permanente. Demais disso, o povo continua a ser percebido como o titular do poder político, conforme proclamou a Revolução francesa. Acrescenta o autor, à guisa de explicar a transmutação do Estado Liberal para o Estado Social:

Do que se trata é de articular direitos, liberdades e garantias (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa). As Constituições donde arranca esta linha diretriz são a mexicana de 1917 e, sobretudo, a alemã de 1919 (dita Constituição de Weimar) e que, entre as Constituições vigentes que a seguem, se contam a italiana de 1947, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988 (Miranda, 2018, p. 49).

Com efeito, a proteção às liberdades individuais e a ideia de impor restrições aos poderes do Estado não foram abandonadas pelo Estado Social. Ao revés, àquele rol de direitos civis e políticos escudados pelo

Estado Liberal foi acrescida uma série de novas finalidades e tarefas a serem cumpridas pelo Estado, para além daquelas barreiras que já limitavam o poder estatal (Gordillo, 1977).

No que concerne ao exercício da atividade jurisdicional, segundo Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, constatou-se que o aumento dos poderes do legislador trouxe a reboque também a ampliação dos poderes do juiz, em decorrência, por exemplo, do aumento da quantidade de lacunas a serem colmatadas e da necessidade de determinação dos efeitos das leis no tempo. Ademais, os autores destacam que a técnica legislativa que privilegia disposições vagas e flexíveis acaba por delegar ao juiz a escolha que o legislador não pode ou não quis realizar (Giuliani; Picardi, 1995).

Além disso, o advento do Estado social implicou um incremento de direitos sociais e econômicos (direitos fundamentais de segunda geração) ao catálogo de direitos fundamentais, que já abrigava os direitos civis e políticos. Isso passou a desafiar o Poder Judiciário a adotar um papel diferente daquele espectador, típico do Estado Liberal. Os juízes, que antes estavam confinados à aplicação mecânica da lei, foram chamados a assegurar a igualdade material almejada pelo Estado social.

2.3 Estado democrático de direito

O Estado Democrático de Direito é concebido como um modelo de organização estatal para, além de preservar o império da lei e a instituição dos mecanismos de combate às desigualdades sociais, viabilizar a participação efetiva do povo no que concerne à construção das decisões políticas e à própria gestão do Estado, com o escopo de concretização de direitos fundamentais.

Segundo Dalmo de Abreu Dallari, os Estados democráticos são regidos pela supremacia da vontade popular, pela preservação da liberdade e pela igualdade de direitos. Daí porque sintetiza que a preocupação primordial foi sempre “a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o

povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade” (Dallari, 1998, p. 150-151).

Acerca do princípio democrático, José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que ele opera como princípio de organização da titularidade e exercício do poder, na medida em que “o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo” (Canotilho, 2013, p. 290).

O autor português argumenta que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, isto é, “os direitos fundamentais têm função democrática”, haja vista o significado do “exercício democrático do poder”:

(1) Significa a contribuição de todos os cidadãos [...] para o seu exercício (princípio-direito da igualdade da participação política); (2) implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, económicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural [...] realce-se esta dinâmica dialéctica entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia (Canotilho, 2013, p. 290-291).

É precisamente no bojo do Estado Democrático de Direito que se observa o profundo atrelamento entre direitos fundamentais, solidariedade e o princípio democrático, o que representa uma notável evolução em relação ao modelo liberal-individualista. Com efeito, a participação ativa dos cidadãos na gestão e da tomada de decisões políticas apenas se faz possível por meio da garantia de observância aos direitos fundamentais, tanto os de cunho civil e político, como os de viés social, cultural e econômico.

O Estado Democrático de Direito é pautado pela diretriz da realização efetiva dos direitos fundamentais – não se contentando mais com a mera garantia formal de direitos – como condição para o exercício pleno da democracia. Vale dizer, parte-se da premissa de que sem o gozo pleno dos direitos fundamentais, o povo não pode realmente exercer a sua soberania. A título exemplificativo, é dizer que o Estado Democrático não se satisfaz com a simples viabilização formal do sufrágio universal, mas reclama que, simultaneamente, sejam garantidas condições mínimas de dignidade às pessoas, como um sistema de saúde, educação e segurança de qualidade.

Almeja-se, dessa maneira, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a concretização de direitos fundamentais e a preservação da dignidade da pessoa humana em um ambiente de poder estatal dotado de legitimidade democrática, isto é, tonificado pela participação ativa do titular do poder: o povo.

Nesse estágio do desenvolvimento do Estado, que concentra avanços civilizatórios calcados no binômio direitos fundamentais-democracia, o papel do magistrado evoluiu para um outro patamar, deixando de ser um mero espectador de litígios que se limitava a declarar o direito por meio de um silogismo (Calamandrei, 1954), para se tornar um agente social cujo principal propósito é concretizar os direitos e garantias fundamentais estampados na Constituição e nas leis vigentes.

Nessa toada, Ada Pellegrini Grinover aduz que, para atingir os objetivos fundamentais estatuídos pela Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, o Estado deve se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social, e que, no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em uma neutralização de sua atividade (Grinover, 2008).

Assim sendo, no bojo de um Estado Democrático de Direito, constata-se o surgimento de um Poder Judiciário mais ativo no sentido de ser instrumento de transformações sociais por meio da materialização das promessas constitucionais contidas nos direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal.

3 EXERCÍCIO CONTEMPORÂNEO DA FUNÇÃO JURISDI-CIONAL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Após analisar a evolução das formas de organização estatais, é possível notar o avultamento do papel do Poder Judiciário no arranjo de distribuições de funções entre os órgãos estatais e, por consequência, no exercício do poder, despontando como uma figura central perante os demais Poderes.

De acordo com o que foi analisado, à medida que o Estado evoluiu, o juiz afastou-se de uma posição neutra e passiva, assumindo um compromisso com as normas constitucionais e com os direitos fundamentais, exurgindo como uma força atuante em searas antes reservadas apenas para o Legislativo e Executivo.

Se em um primeiro momento, segundo John Locke, o poder primordial do Estado constitucional era o Legislativo, justamente por encarnar a soberania popular, editando as normas que regiam as relações sociais, posteriormente, o eixo das atividades estatais, para Fábio Konder Comparato, mudou-se da proclamação e aplicação de normas jurídicas para a sua elaboração e realização de programas de ação, retratando, dessa maneira, uma prevalência do Poder Executivo sobre os demais (Comparato, 1986).

Outrossim, a amplitude da área de atuação da atividade judicial experimentou um elastecimento significativo, tanto assim que abandonou uma espécie de aprisionamento hermenêutico imposto pelas leis vigentes e ganhou um protagonismo inédito, nomeadamente em razão das funções que o Poder Judiciário desempenha sob a égide de um constitucionalismo voltado para a concretização de direitos fundamentais, em que se reconhece a eficácia normativa dos princípios jurídicos.

Nesse passo, sobretudo quando o Poder Judiciário é chamado a compensar o déficit funcional de outros Poderes, é que surgem críticas ao ativismo judicial, porquanto a função do juiz como garantidor de promessas suplanta aquela de mero espectador do Estado Liberal (Theodoro Junior; Bahia, 2010), de modo a gerar um indesejável agigantamento do Poder Judiciário em face dos demais poderes (Abboud, 2016).

Nesse passo, oportuno salientar a função política do Poder Judiciário, que pode ser ilustrada pela atribuição de declarar a inconstitucionalidade de um ato emanado pelo Poder Legislativo, obstruindo a liberdade do legislador com apoio nos preceitos estatuídos na Constituição.

No Brasil, a esse propósito, um dos exemplos mais emblemáticos de o Poder Judiciário desempenhando função política reside no campo do controle das políticas públicas de saúde, tendo em vista que, a um só tempo, o magistrado é obrigado a cotejar políticas públicas formuladas pelos outros Poderes com os fins do Estado e os direitos fundamentais, considerando a cláusula da reserva do possível, sem olvidar do mínimo existencial, considerado este o conjunto de condições mínimas para uma existência digna (Grinover, 2008).

Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, sendo o direito à saúde fundamental, o caráter programático do art. 196 da Constituição que o consagra não pode ser tratado como uma simples “promessa constitucional inconsequente”, caso contrário, estar-se-ia “fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (Brasil, 2013).

Malgrado ser inequívoco o dever de concretizar direitos fundamentais, o exercício da atividade judicial na temática das políticas públicas de saúde acabou por gerar graves problemas financeiros aos entes federativos, sem, no entanto, resultar em um aperfeiçoamento do sistema público de saúde de modo sustentável e uniforme a todos os cidadãos.

Em verdade, se inúmeras decisões individuais proporcionam benefícios a determinadas pessoas, por outro lado a judicialização excessiva provoca sérios prejuízos ao sistema de saúde, haja vista a escassez de recursos. Daí por que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 556471, com repercussão geral (Tema 6) fixou parâmetros para a concessão judicial de medicamentos registrados na

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas ainda não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS)³.

Em resposta à corriqueira crítica de que o Poder Judiciário careceria de “legitimidade democrática” em casos como o exemplo acima, Mauro Cappelletti, reconhece a necessidade do controle judicial como fiador da Constituição e dos direitos fundamentais, haja vista que estes devem ser aplicados mesmo contra os interesses da maioria, precisamente para assegurar a intangibilidade das liberdades dos indivíduos e das minorias (Cappelletti, 1990).

Entretanto, impende destacar que o autor italiano também afirma que o processo jurisdicional é uma importante reserva democrática, na medida em que, se o juiz não está sujeito à vontade da maioria da população, é certo que o processo judiciário é essencialmente participativo, no que se diferenciaria dos procedimentos decisórios usualmente empregados pelos Poderes Legislativo e Executivo (Cappelletti, 1990).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, para os fins aos quais se dedica o presente estudo, foi traçado um itinerário histórico para compreender as principais características dos modelos de organização políticas de Estado, bem como as mudanças do papel da atividade judicial ao longo do tempo.

Na fase do Estado Liberal, surgido no século XVIII, o ente estatal apresentava uma postura absenteísta, assegurando o protagonismo das liberdades individuais, por meio de limites ao exercício do poder do Estado. Isso se refletia diretamente na conduta do magistrado, marcada pela neutralidade, semelhante à de um mero espectador, procurando se manter fiel ao texto da lei, uma vez que a observância da lei implicaria, supostamente, o atendimento das liberdades individuais.

Já no estágio do Estado Social de Direito, o ente estatal assume uma postura assistencial, de modo a, sem menoscabar das conquistas repre-

3. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-define-criterios-para-a-concessao-judicial-de-medicamentos-nao-incorporado-ao-sus>. Acesso em: 31 de março de 2025.

sentadas à época do Estado Liberal – vale dizer, submissão à lei, respeito às liberdades individuais, direitos civis e políticos –, também voltar os olhos para a necessária intervenção para obtenção do que se convencionou chamar de “Justiça social”. Trata-se do advento do Estado protetor dos interesses sociais, o que, no plano da atuação jurisdicional, foi caracterizado por conferir à figura do juiz mais poderes com o escopo de concretizar o valor da igualdade social.

No seio do Estado Democrático de Direito, atentou-se também à necessidade de se conferir legitimidade democrática ao exercício do poder estatal, de sorte que a participação popular se tornou imprescindível para a formação das decisões estatais, as quais devem estar em consonância com os direitos fundamentais previstos na Constituição. O magistrado, nessa quadra da história, figura como um agente social e instrumento de transformação social, que busca, por meio da participação das partes (princípio do contraditório), materializar as promessas inscritas na Constituição, sob a forma de direitos fundamentais.

A atividade jurisdicional no Estado contemporâneo não pode descuidar das diretrizes enunciadas na Constituição, tampouco se escudar no princípio da separação de poderes para se eximir de sua responsabilidade de concretizador de direitos fundamentais. Isso porque a função política do Judiciário é inescapável, como exemplifica o seu papel no controle de constitucionalidade ou no controle de políticas públicas de saúde, sob pena de os direitos fundamentais serem reduzidos a promessas vazias.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Submissão e juristocracia. São Paulo: **Revista de processo**, n. 258, 2016.

ALLAN, Trevor Robert Seaward. **Constitutional justice**: A liberal theory of the rule of law. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 685230/MS** Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 05 de março de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur370470/false>. Acesso em: 19 nov. 24.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. São Paulo: **Revista de processo**, n. 60, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novas funções judiciais do estado moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo: Percorsi della storia e tendenze attuali**. Bari: Editori Laterza, 2009.

GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. **La responsabilità del giudice**. Milano: Giuffrè, 1995.

GORDILLO, Augustín. **Princípios gerais do direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. São Paulo: **Revista de processo**, n. 164, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2018.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Do estado liberal ao estado contemporâneo: Notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **Estado de direito – conceito e características**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SILVA, José Afonso da. **O estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro. São Paulo: **Revista de processo**, n. 189, 2010.

Recebido em: 14/04/2025

Aprovado em: 01/05/2025