



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**PROGRAMA DE DOUTORADO**

**SÉRGIO CABRAL DOS REIS**

**TUTELA JURISDICIONAL NAS DEMANDAS DE SAÚDE PÚBLICA: O JUIZ  
COMO INTERLOCUTOR SOCIAL E DEMOCRÁTICO**

**FLORIANÓPOLIS – SC**

**2018**

**SÉRGIO CABRAL DOS REIS**

**TUTELA JURISDICIONAL NAS DEMANDAS DE SAÚDE PÚBLICA: O JUIZ  
COMO INTERLOCUTOR SOCIAL E DEMOCRÁTICO**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

**Área de concentração:** “Direito, Estado e Sociedade”.

**Linha de pesquisa:** “Sociedade, Controle Social e Sistema de Justiça”.

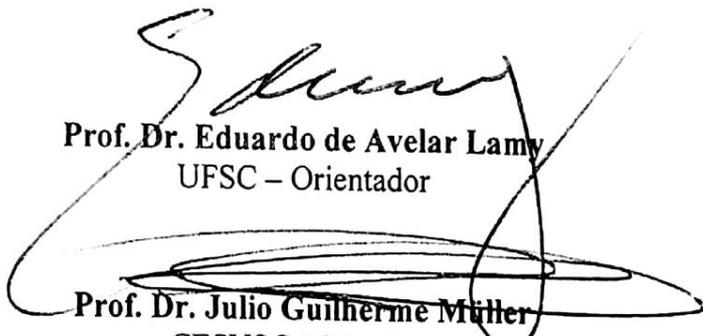
**Orientador:** Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy.

**FLORIANÓPOLIS – SC  
2018**

**TUTELA JURISDICIONAL NAS DEMANDAS DE SAÚDE PÚBLICA:  
O JUIZ COMO INTERLOCUTOR SOCIAL E DEMOCRÁTICO**

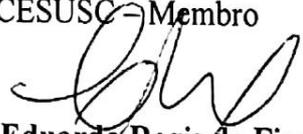
**SÉRGIO CABRAL DOS REIS**

Esta tese foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

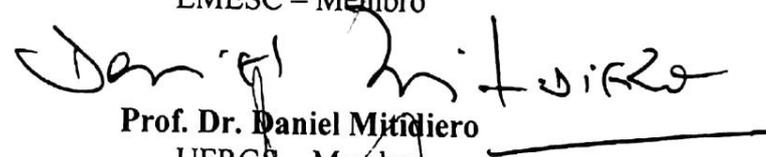


**Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy**  
UFSC – Orientador

**Prof. Dr. Julio Guilherme Müller**  
CESUSC – Membro



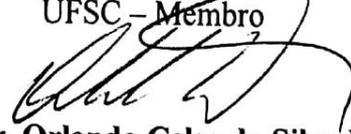
**Prof. Dr. Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva**  
EMESC – Membro



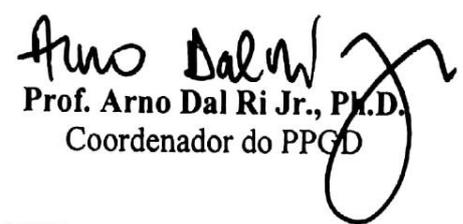
**Prof. Dr. Daniel Mitidiero**  
UFRGS – Membro



**Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa**  
UFSC – Membro



**Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto**  
UFSC – Membro



**Prof. Arno Dal Ri Jr., Ph.D.**  
Coordenador do PPGD

lorianópolis, 21 de março de 2018.

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Reis, Sérgio Cabral dos  
Tutela jurisdicional nas demandas de saúde  
pública : o juiz como interlocutor social e  
democrático / Sérgio Cabral dos Reis ; orientador,  
Eduardo de Avelar Lamy, 2018.  
566 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito a prestações de saúde  
pública. 3. Judicialização. 4. Litígios estruturais.  
5. Jurisdição dialógica. I. Lamy, Eduardo de Avelar.  
II. Universidade Federal de Santa Catarina.  
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por tudo em minha vida.

Agradeço aos meus pais, João e Luiza, que sempre acreditaram em mim, por serem minhas fontes inesgotáveis de amor, dando-me o suporte emocional necessário em todos os momentos.

Agradeço ao apoio incondicional dos meus irmãos, Klecyus e Dayane, e dos meus sogros, Romero e Célida, manifestado em palavras de carinho e energia positiva, fundamentais nos momentos de dificuldade.

Agradeço aos funcionários das diversas bibliotecas que frequentei nesse período, seja de órgãos jurisdicionais (STF e STJ), seja de universidades privadas (Unipê) ou públicas (UFSC, UEPB, UFPB, UFPR e USP), pela atenção e gentileza quanto ao fornecimento do material necessário à conclusão desta pesquisa.

Agradeço ao Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, pelo apoio institucional, como também à Universidade Estadual da Paraíba – UEPB e ao Tribunal Regional do Trabalho da Paraíba (13ª Região), pelas licenças-remuneradas, que me proporcionaram a tranquilidade necessária para seguir adiante na pesquisa.

Agradeço a dois amigos que o Doutorado me presenteou para a vida, Fernando Vieira Luiz e Adircélio de Moraes Ferreira Júnior, pela interlocução constante, hospitalidade e momentos de descontração.

Agradeço também aos Professores da UFSC, especialmente Pedro Miranda de Oliveira, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira e Josiane Rose Petry Veronese, pelas lições apresentadas durante os créditos, as quais, certamente, influenciaram a elaboração desta tese e jamais serão esquecidas.

Agradeço ao meu brilhante orientador, Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy, não só pela confiança e oportunidade de estudar na UFSC, mas também pela orientação segura, amizade e por ser fonte de inspiração para seguir adiante nos estudos. Prof. Lamy, minha eterna gratidão!

Finalmente, agradeço à minha esposa, Bianca, pelo amor, carinho e compreensão de sempre, e aos nossos filhos, Leandro, Matheus e Isabella, pela ausência em determinados momentos.

“Resumindo: os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político de investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder”<sup>1</sup>.

Luiz Alberto Warat

---

<sup>1</sup> WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I. interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 15.

## RESUMO

A judicialização individual de prestações de saúde pública, especialmente no que se refere aos casos não previstos na legislação ordinária e no planejamento administrativo, tem cada vez mais recebido críticas de ordem principiológica e estrutural da comunidade jurídica brasileira. Nesse sentido, sustenta-se que os juízes, não sendo eleitos pelo povo, não têm legitimidade para atuar na concretização de políticas públicas, inclusive pelo fato de não respeitarem a legislação e a cláusula da separação de poderes. Por outro lado, afirma-se que essa atuação judicial desorganiza o planejamento administrativo, pois não são observados os impactos econômico-financeiros das decisões, que são tomadas sem a devida capacidade institucional (*expertise*), terminando por comprometer o nivelamento do acesso à justiça, com quebra da isonomia e do padrão de universalidade constitucionalmente exigido nas prestações de saúde pública. É nesse contexto que surge o “juiz-dialógico”, modelo ideal de juiz que, ao tempo em que se preocupa em atuar democraticamente, não incorrendo, por exemplo, em ativismo judicial, reconhece a natureza estrutural desses litígios e, com efeito, a incompatibilidade do processo clássico bipolar (autor-réu) para solucioná-los. Nessa perspectiva, diante das dificuldades fático-jurídicas que decorrem dessas demandas (policentrismo de interesses, escassez de recursos, questões probatórias, dificuldade na fase de execução etc.), o juiz-dialógico sabe que, como regra, a solução adequada exige a ampla participação dos atores processuais, mediante equilibrado contraditório cooperativo, e da própria comunidade, por intermédio de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas. A partir da coletivização democrática do processo, deve procurar obter medidas de consenso por meio de diálogos constitucionais interinstitucionais, a fim de transformar a realidade social em prol da universalidade das prestações de saúde pública. A decisão judicial, nesse contexto, fica reservada às situações em que esses diálogos não podem efetivamente ocorrer de forma prévia, a exemplo dos casos de extrema urgência. Nessa hipótese, além de outros parâmetros de racionalidade decisória, o juiz deve considerar o “paradigma da bipolaridade objetiva do mínimo existencial”. Sendo assim, a atuação judicial garantirá simultaneamente a efetiva tutela do direito constitucional a prestações de saúde pública e a integridade do sistema jurídico.

**Palavras-chave:** Direito a prestações de saúde pública. Judicialização. Litígios estruturais. Parâmetros decisórios e procedimentais democráticos. Jurisdição dialógica.

## ABSTRACT

The judicialization of public health services, in particular with regard to cases that do not fall under statutory provisions or government planning, has received increased criticism based on structural elements and legal principles from the Brazilian legal profession. Therefore, it is argued that judges, not having been elected by the people, have no legitimacy to act in implementing public policies, in addition to the fact that through such action they fail to respect the legislation and the separation of powers clause. Moreover, it is argued that such court action disrupts government planning, since the economic and financial impacts of court decisions go unobserved, since they are issued lacking institutional capability (expertise), thus affecting access to justice, and impairing the principle of equality before the law and the standard of universal public health services enshrined in the constitution. This is the context in which a “dialogical judge” would emerge, an ideal model of a judge who, at the same time as being concerned with acting democratically, does not, for example, engage in judicial activism, recognizes the structural nature of such disputes and, as a result, the limitations of the traditional two-sided (plaintiff-defendant) legal process to solve them. From this perspective, in the face of the factual and legal challenges that arise from these cases (polycentrism of interests, scarcity of resources, evidentiary issues, difficulties in the enforcement phase, etc.), the dialogical judge knows that, as a rule, an adequate solution requires broad participation of all the actors in the legal process, through a balanced and cooperative adversarial procedure, and participation open to society as a whole, through *amicus curiae* and public hearings. Based on the democratic collectivization of the legal process, the judge must seek consensus measures through promoting inter-institutional and constitutional dialogues, in order to push change in social reality towards the fulfilment of universal health services. The court decision, in this context, would be reserved to situations in which such dialogues cannot effectively occur beforehand, as in cases of extreme urgency. In such cases, in addition to other decision-making rationality parameters, the judge must consider the “standard of objective bipolarity of the existential minimum”. Thus, judicial action would be able to simultaneously ensure the effective protection of the constitutional right to public health and the integrity of the legal system.

**Keywords:** Right to public health services. Judicialization. Structural disputes. Democratic decision-making and procedural parameters. Dialogical jurisdiction.

## RIASSUNTO

La crescita delle domande giudiziali per quanto riguarda i benefici individuali di sanità pubblica, in particolare per quanto riguarda i casi non previsti dalla legislazione ordinaria e dalla pianificazione amministrativa, riceve sempre più critiche nei confronti dei principi e della struttura della comunità giuridica brasiliana. In questo senso, si sostiene che i giudici, non essendo eletti dal popolo, non hanno alcuna legittimità ad agire nell'attuazione delle politiche pubbliche, incluso per il fatto che non rispettano la legislazione e la clausola sulla separazione dei poteri. D'altra parte, si afferma che questa azione giudiziaria disorganizza la pianificazione amministrativa, dal momento che gli impatti economico-finanziari delle decisioni non vengono osservati, che vengono adottati senza l'adeguata capacità istituzionale (*expertise*), finendo per compromettere il livellamento dell'accesso alla giustizia, con la rottura dell'isonomia e dello standard di universalità richiesto costituzionalmente nei benefici per la salute pubblica. È in questo contesto che emerge il "giudice dialogico", un modello ideale di un giudice che, nel momento in cui si occupa di agire in modo democratico, non adotta, ad esempio, l'attivismo giudiziario, e riconosce la natura strutturale di queste dispute e, in effetti, l'incompatibilità del classico processo bipolare (autore-imputato) per risolverli. In questa prospettiva, di fronte alle difficoltà fattuale-giuridiche che sorgono da queste richieste (policentrismo di interessi, mancanza di risorse, problemi di prova, difficoltà nella fase di esecuzione ecc.), il giudice dialogico sa che, di norma, la soluzione adatta richiede un'ampia partecipazione degli attori procedurali, attraverso uno equilibrato contraddittorio cooperativo, e della comunità stessa, attraverso l'*amicus curiae* e dello svolgimento di audizioni pubbliche. Dalla collettivizzazione democratica del processo, deve cercare misure di consenso attraverso dialoghi costituzionali interistituzionali, al fine di trasformare la realtà sociale verso l'universalità dei servizi di sanità pubblica. La decisione giudiziaria, in questo contesto, è riservata a situazioni in cui tali dialoghi non possono effettivamente verificarsi in anticipo, come nei casi di estrema urgenza. In questa ipotesi, oltre ad altri parametri di razionalità decisionale, il giudice deve considerare il "paradigma della bipolarità oggettiva del minimo esistenziale". Pertanto, l'azione giudiziaria garantirà simultaneamente l'effettiva tutela del diritto costituzionale ai benefici per la salute pubblica e l'integrità del sistema giuridico.

**Parole chiave:** Diritto ai servizi di sanità pubblica. Rendere giudiziale. Dispute strutturali. Parametri democratici e parametri procedurali. Giurisdizione dialógica.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>1</b>	<b>CRÍTICAS, DILEMAS E PARADOXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: DESAFIOS SUPERÁVEIS PELO “JUIZ-DIALÓGICO”.....</b>	<b>22</b>
1.1	DESAFIOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: CRÍTICAS, DILEMAS E PARADOXOS.....	22
1.1.1	<b>Das críticas “principiológicas” à tutela judicial do direito a prestações de saúde pública.....</b>	<b>24</b>
1.1.2	<b>Das críticas “institucionais” à tutela judicial do direito a prestações de saúde pública.....</b>	<b>28</b>
1.2	POR UMA JURISDIÇÃO MINIMALISTA? DO “JUIZ-DIALÓGICO” COMO MODELO ADEQUADO À TUTELA DO DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA.....	37
1.2.1	<b>Do “ativismo judicial” como comportamento antidemocrático.....</b>	<b>37</b>
1.2.2	<b>Dos modelos doutrinários de juiz.....</b>	<b>53</b>
1.2.3	<b>Do “juiz-dialógico” como modelo ideal de juiz em uma democracia: perspectivas para a construção de parâmetros de racionalidade decisória e procedimental.....</b>	<b>67</b>
<b>2</b>	<b>É POSSÍVEL DECIDIR DEMOCRATICAMENTE NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA?.....</b>	<b>85</b>
2.1	PRESSUPOSTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DEMOCRÁTICA.....	85
2.2	DO RESPEITO AOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS COMO LIMITE E CRITÉRIO DE UMA DECISÃO DEMOCRÁTICA.....	99
2.3	DO RESPEITO AO “FORMALISMO JURÍDICO” COMO LIMITE E CRITÉRIO DE UMA DECISÃO DEMOCRÁTICA.....	110
2.4	DA FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA NA PERSPECTIVA DO CPC/2015.....	135

<b>3</b>	<b>PARÂMETROS NORMATIVOS PARA UMA DECISÃO ADEQUADA À TUTELA DO DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA.....</b>	<b>151</b>
3.1	BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A ESCASSEZ DE RECURSOS, O CUSTO DOS DIREITOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	151
3.2	FLEXIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA E EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	158
3.3	A TESE DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO PENSAMENTO JURÍDICO DOMINANTE .....	162
3.4	TESE PROPOSTA: DA “BIPOLARIDADE OBJETIVA” DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO ADEQUADO À TUTELA JUDICIAL DE PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA.....	173
3.5	DOS DEMAIS PARÂMETROS DECISÓRIOS NAS PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA.....	189
<b>4</b>	<b>DOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA TUTELA SUMÁRIA DE DIREITOS AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA DE URGÊNCIA NAS DEMANDAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA.....</b>	<b>201</b>
4.1	A TUTELA DE URGÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO CIDADÃO: DA LÓGICA LIBERAL-RACIONALISTA DE PROCESSO À TUTELA SUMÁRIA DE DIREITOS COMO FUNDAMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	201
<b>4.1.1</b>	<b>Influência do tempo sobre a adequada tutela de direitos por meio do processo.....</b>	<b>202</b>
<b>4.1.2</b>	<b>Da necessária superação do paradigma liberal de processo rumo à tutela sumária de direitos.....</b>	<b>206</b>
<b>4.1.3</b>	<b>Da lógica liberal-racionalista de processo à tutela de direitos como fundamento do Estado Constitucional.....</b>	<b>211</b>
<b>4.1.4</b>	<b>Do paradigma da ordinaryness à legitimação da tutela sumária.....</b>	<b>217</b>
4.2	DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA COMO TÉCNICA DE TUTELA SUMÁRIA DO DIREITO À SAÚDE NO CPC/2015.....	223

4.2.1	Sistematização da tutela sumária na CPC/2015.....	223
4.2.2	Do <i>référé</i> francês e sua influência sobre a tutela sumária na Itália.....	235
4.2.3	Da tutela antecipada antecedente e a fixação do cabimento da estabilização da tutela antecipada nas demandas por prestações de saúde pública.....	242
5	<b>DILEMAS DECORRENTES DA DECISÃO JUDICIAL SOBRE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA: ÔNUS DA PROVA E EXECUÇÃO NA TUTELA DE URGÊNCIA.....</b>	<b>260</b>
5.1	DAS QUESTÕES PROBATÓRIAS ENVOLVENDO AS DEMANDAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA: CONVENCIMENTO E ÔNUS DA PROVA NA TUTELA DE URGÊNCIA.....	260
5.1.1	Da cognição sumária e dos pressupostos para a concessão da tutela de urgência satisfativa no CPC/2015.....	261
5.1.2	Verdade, convicção e processo: do objeto probatório no Estado Democrático de Direito.....	267
5.1.3	Do ônus da prova em relação à escassez ou indisponibilidade de recursos.	278
5.1.4	Dos ônus da prova nas tutelas de urgência envolvendo prestações de saúde pública.....	286
5.2	DA EXECUÇÃO DA DECISÃO QUE RECONHECE O DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE: DA ATIPICIDADE DOS PODERES EXECUTIVOS DO JUIZ NA EXECUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA...	293
5.2.1	Da força executiva da técnica antecipatória.....	294
5.2.2	Dos poderes executivos do juiz e da (in)adequação das técnicas de execução indireta para tutelar as situações individuais de extrema urgência.....	305
6	<b>PROCESSO E CULTURA DEMOCRÁTICA: DA RELEVÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA NA NOVA DIVISÃO DE TRABALHO COM O JUIZ.....</b>	<b>320</b>
6.1	CULTURA DEMOCRÁTICA E PROCESSO.....	320
6.1.1	Cultura dialógica e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.....	321
6.1.2	Influência simbólica dos métodos de solução de conflitos sobre o aperfeiçoamento da cultura democrática.....	329

6.2	A DEMOCRATIZAÇÃO INTERNA DO PROCESSO A PARTIR DO CPC/2015.....	343
6.2.1	Do contraditório como influência prévia: a manifestação das partes como algo importante em um processo judicial democrático.....	344
6.2.2	Cooperação e diálogo processual como avanço democrático.....	347
6.2.3	Para além do publicismo e do protagonismo judicial: autorregramento processual pelas partes e simbolismo democrático.....	357
7	<b>POR UMA CULTURA PROCEDIMENTAL E DEMOCRÁTICA NAS DEMANDAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA: DA COLETIVIZAÇÃO DE DEMANDAS AO RECONHECIMENTO DA NATUREZA ESTRUTURAL DO LITÍGIO.....</b>	<b>370</b>
7.1	A “DEMOCRATIZAÇÃO EXTERNA” DO PROCESSO PELO INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO.....	370
7.1.1	Da necessidade de uniformização das prestações de saúde pública por intermédio das ações coletivas.....	371
7.1.2	Por um processo realmente efetivo: da confirmação das vantagens das ações coletivas nos casos de judicialização da saúde pública.....	377
7.1.3	Do incidente de coletivização como parte integrante do procedimento especial de controle de políticas públicas de saúde.....	385
7.1.4	Flexibilização procedimental e direito à participação em diálogos interinstitucionais envolvendo demandas de saúde pública.....	395
7.2	“DEMOCRATIZAÇÃO EXTERNA” DO PROCESSO PELA CONVOCAÇÃO DE <i>AMICIS CURIAE</i> E PELA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS: DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS À SUBSIDIARIEDADE DA DECISÃO.....	405
7.2.1	Da ampliação democrática do contraditório pelo incentivo à participação de <i>amicus curiae</i> .....	406
7.2.2	Da relevância das audiências públicas para a intermediação de diálogos interinstitucionais e a sociedade: da definitiva superação do paradigma liberal à cultura dialógica da jurisdição.....	416

7.2.2.1	Da preparação do juiz para a renovada oralidade do processo civil contemporâneo.....	416
7.2.2.2	Diálogos interinstitucionais e audiências públicas: por uma nova cultura judicial.....	425
7.2.2.3	Procedimento das audiências públicas, democracia deliberativa e participação popular.....	434
7.3	<b>FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NA FASE DE EXECUÇÃO: PERSPETIVAS DEMOCRÁTICAS DIANTE DE UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL.....</b>	<b>444</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>471</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>477</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como problemática a seguinte questão: como estabelecer parâmetros decisórios e procedimentais, especialmente nos pedidos individuais de tutela jurisdicional fundamentados em situação de urgência, que, racional e democraticamente, permitam, de um lado, tutelar o direito a prestações de saúde pública e, de outro, sem comprometer a governabilidade, propiciem o desenvolvimento de políticas públicas? Apesar de a resposta ser complexa, por envolver, além de outras variáveis, a complexidade do sistema de saúde pública e os limites da cláusula pétrea da separação dos poderes, admite-se, como hipótese, que é perfeitamente possível a criação de parâmetros normativos que orientem a ação judicial, seja mediante critérios de racionalidade decisória, seja mediante nova postura procedimental.

Acredita-se que as funções estatais devem atuar institucionalmente por vínculos de coordenação e cooperação, de modo que, à jurisdição, que também tem a tarefa de ser indutora de condutas, cabe olhar não apenas para o passado, punindo comportamentos antinormativos, mas também para o presente e, principalmente, quando se trata de litígios estruturais e complexos, o futuro. A jurisdição, nessa perspectiva, se bem compreendida nos limites do sistema jurídico, tem relevante compromisso com a transformação da realidade social e o desenvolvimento da democracia.

A premissa a ser pesquisada, diante da complexidade do problema, encontra-se no fato de que, pelo menos genericamente, embora o sistema jurídico permita a tutela jurisdicional de direitos a prestações de saúde pública contra os entes federativos, o juiz somente deve decidir e, naturalmente, executar a decisão em situações de significativa urgência, em relação em que o “fator tempo”, caso a tutela provisória não seja imediatamente concedida, possa comprometer a eficácia do direito à saúde e até mesmo a noção de dignidade humana que deva ser atribuída ao jurisdicionado.

Nos demais casos, quando vislumbrar a possibilidade de deferimento da pretensão definitiva, acredita-se que o juiz deve ter a habilidade de democratizar o processo, inclusive o coletivizando, no sentido de estimular diálogos constitucionais entre as instituições públicas e privadas interessadas, atuando como mero “mediador” destinado a obter as melhores condições de consenso, para a implantação de medidas que convirjam para o interesse público, gerando universalidade quanto à prestação invocada.

Admite-se, em outras palavras, que o sistema jurídico permite a decisão, para os casos de extrema urgência; fora desses casos, por conta da natureza estrutural dessas demandas por

prestações de saúde pública, imagina-se que o juiz deve democratizar amplamente o processo, a fim de promover diálogos constitucionais entre os interessados, na perspectiva de viabilizar, pelo consenso, medidas que acarretem melhorias na universalização da saúde pública.

Justifica-se a pesquisa. A importância ou relevância de um tema está diretamente vinculada à sua inserção no grupo social, ou seja, quando está, de alguma forma, ligado a uma questão crucial que polariza ou afeta um segmento substancial da sociedade. No caso em apreço, observa-se que há significativo espaço entre o modelo constitucional de saúde pública e a realidade social brasileira. Perdas de vidas humanas e atentados à dignidade são fatos que corriqueiramente ocorrem em algumas repartições públicas de saúde. Diante desse quadro, indaga-se: em que medida a jurisdição pode contribuir para essa desejável aproximação?

Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência atuais posicionam-se no sentido de que o direito à saúde, tal como previsto diretamente na Constituição, somente pode ser tutelado judicialmente para atender ao chamado “mínimo existencial”, fato que gera perplexidade e inquietação, pois, além da necessidade de se aprimorar esse critério em termos de objetividade, impõe-se delimitar outros parâmetros decisórios que considerem o sistema jurídico em sua totalidade. Manter a integridade do sistema jurídico, inclusive mediante o respeito à cláusula da separação de poderes, revela-se fundamental, para assegurar a funcionalidade do Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, acredita-se que esse critério dominante — adotado pelas tendências legislativas, a exemplo do art. 7º do PL nº 8.058/2014, da Câmara dos Deputados — revela-se, além de insuficiente, extremamente impreciso, gerando a perniciosa sensação de “insegurança jurídica”. Nesse sentido, como decidir democraticamente é algo mais amplo e complexo, defende-se que é possível evoluir em relação a esse parâmetro decisório.

Por outro lado, são mínimas as manifestações no sentido de que a jurisdição possa contribuir para o desenvolvimento da democracia. Parte-se da visão, presa ao paradigma liberal, a qual historicamente está enraizada na cultura jurídica pátria, de que à jurisdição cabe apenas julgar um caso concreto, normalmente voltado para partes previamente identificadas, e executar a respectiva decisão. Trata-se do clássico “litígio bipolar”. Às demandas por prestações de saúde pública, todavia, por serem complexas e policêntricas, configuram-se como uma espécie de “litígio estrutural”, modalidade de litígio de interesse público que exige renovado perfil do juiz e diferenciada forma de condução do processo, inclusive na eventual fase de execução. Imagina-se, nesse sentido, que uma jurisdição democrática — que é aquela que também tem por escopo a efetividade dos direitos fundamentais, decidindo ou mediando soluções negociadas — pode transformar a realidade social, de modo a diminuir ou até

mesmo eliminar focos de litigiosidade, ao readequar uma política pública ao sistema constitucional.

É o enfrentamento dessas resumidas teses que fundamenta a pesquisa, buscando redefinir o papel democrático da jurisdição no desenvolvimento dos direitos sociais, especialmente das políticas públicas de saúde, superando o atual paradigma reducionista do “mínimo existencial”, que tem viés mercadológico e potencialmente facilitador de subjetivismos antidemocráticos e antirrepublicanos. Em outros termos, a tese justifica-se pela necessidade de a jurisdição abrir-se à sociedade e demais instituições, a fim de ampliar os espaços de debate público, sem descuidar, contudo, da tutela do direito a prestações de saúde pública, especialmente nas situações de urgência, por meio de critérios decisórios dotados de objetividade sistemática e de técnicas e procedimentos que não comprometam o exercício regular da função administrativa.

Desse modo, o objetivo geral da pesquisa consiste em verificar se realmente o sistema jurídico admite a construção de parâmetros ético-jurídicos da tutela jurisdicional envolvendo o direito à saúde pública os quais garantam, a um só tempo, a tutela adequada do direito a prestações de saúde pública e o direito à governabilidade democrática. O objetivo específico, por sua vez, concentra-se na investigação acerca do “comportamento democrático do juiz” em relação às demandas individuais por prestações de saúde pública. Epistemologicamente, esse é o foco, e, nessa perspectiva, concentra-se a função de cada um dos capítulos deste estudo.

Assim, pretende-se, no primeiro capítulo, explicar as críticas desferidas contra o atual paradigma aplicado à judicialização da saúde pública. Trata-se, a partir do chamado “estado da arte”, da delimitação dos questionamentos a serem enfrentados. Ademais, pretende-se discutir, diante da correlação entre constitucionalismo e democracia, quais são os limites da legitimidade da jurisdição no controle de políticas públicas. Será demonstrado, no primeiro capítulo, que, se, por um lado, a concretização do direito à saúde e dos demais direitos sociais contribui para o aperfeiçoamento da democracia, de outro, uma atuação judicial sem critérios de racionalidade decisória pode também conduzir a um resultado oposto, ou seja, pode acarretar comportamentos autoritários. A partir dessa premissa, será proposto um modelo de juiz ideal para lidar, democraticamente, com as demandas complexas da sociedade contemporânea, a exemplo dos litígios que interferem em políticas públicas de saúde. Esse modelo de juiz ideal será chamado de “juiz-dialógico”, e as suas características serão expostas nesse capítulo.

A finalidade do segundo capítulo consiste em definir, genericamente, quais são as condições de possibilidade de uma atuação jurisdicional democrática, inclusive quanto aos

critérios que devem ser verificados, para que uma decisão seja juridicamente racional. Nesse capítulo, em outros termos, pretende-se investigar os critérios genéricos de racionalidade decisória estabelecidos pela doutrina, como também o papel das fontes formais do Direito na atuação do juiz e as limitações impostas pelo Código de Processo Civil quanto à motivação das decisões.

A partir dessa base, objetiva-se, no terceiro capítulo, delimitar os parâmetros de racionalidade decisória especificamente voltados às demandas individuais por prestações de saúde pública. É nesse capítulo que serão enfrentadas as críticas pragmáticas e estruturais em relação a esses casos, com a finalidade de estabelecer um padrão decisório destinado à construção de decisões que não comprometam a integridade do sistema jurídico. Impõe-se, todavia, delimitar o universo dessas ações judiciais que se tem em mente desde logo.

Pode-se dizer, a partir de uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária, que existem três espécies de demandas por prestações de saúde pública: a) as que envolvem medicamentos não registrados na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); b) as que reivindicam medicamentos com registro, mas não incorporados pelo SUS (Sistema Único de Saúde); e c) as que pleiteiam tratamentos incorporados ao SUS, mas não chegaram ao paciente por má gestão administrativa. São esses casos que inspiram esta pesquisa, com especial destaque para os dois primeiros, que são mais complexos e não raramente resultam em abalo na relação interinstitucional entre a jurisdição e o governo. Quanto ao terceiro, ou seja, das demandas judiciais que versam sobre serviço ou medicamentos prometidos pelo sistema, a solução é relativamente simples, pois basta à jurisdição fazer valer os princípios da isonomia e legalidade. A preocupação do estudo, portanto, são com os casos que, invocando diretamente o texto da Constituição, pleiteiam medicamentos não previstos nas listas oficiais ou serviços e procedimentos não planejados administrativamente.

Diante desses casos, tendo em vista a dimensão estrutural do litígio, pretende-se investigar se o sistema jurídico só permite a decisão que condene a Administração Pública, provisória ou definitivamente, em situações excepcionais, marcadas pela urgência, que impede, efetivamente, a realização de prévios diálogos constitucionais interinstitucionais. Nessa perspectiva, além de outros parâmetros de racionalidade decisória, será investigado, como hipótese de tese, no terceiro capítulo, o acerto de um renovado critério para o paradigma do mínimo existencial, doravante denominado neste estudo de critério da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, pois as pretensões judiciais, em hipóteses de deferimento, podem ocorrer sob duas perspectivas: uma negativa e outra positiva.

Para o primeiro caso, ou seja, para o mínimo existencial em uma perspectiva negativa, o juiz deverá analisar se o jurisdicionado sofrerá, no caso de rejeição da medida, “dano irreparável” (irreversível) ou de “difícil reparação” em sua saúde. Se a resposta for positiva, presentes os demais parâmetros decisórios, deve-se deferir a prestação solicitada. São conceitos indeterminados que se incorporam à noção de “mínimo existencial”, mas, por permitirem um maior controle decisório nos processos judiciais, atraem para a expressão maior objetividade e racionalidade.

Por outro lado, quanto ao aspecto positivo do mínimo existencial, incumbirá ao juiz analisar, com base em interpretação restritiva da cláusula que determina o respeito à dignidade da pessoa humana, se o deferimento da medida acarretará, para o jurisdicionado, “significativa melhoria em sua qualidade de vida”. Esse critério deve ser avaliado para as ações judiciais que versam sobre tratamentos de doenças raras, crônicas ou genéticas, prolongados por natureza e, com efeito, economicamente mais dispendiosos. A questão, aqui, é a seguinte: se, não havendo outra alternativa terapêuticamente viável para a qualidade de vida do jurisdicionado, o Estado, inclusive por intermédio da jurisdição, deve negar o custeio? A resposta, a não ser que seja por absoluta falta de numerário, revela-se provisoriamente negativa, pois, em uma ética mínima, os casos que chegam à justiça são comoventes e exigem resposta pautada pela dimensão jurídico-normativa da fraternidade.

Esse critério da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial” demonstra que a premissa deste estudo é pensar, criticamente, os desafios e dilemas das ações políticas voltadas aos bens e serviços de saúde pública, mas sem perder de vista o indivíduo e suas situações concretas, ao invés de um sujeito abstrato, pensado a partir da ideologia de quem pretende, por intermédio do conhecimento e da práxis, a manutenção do *status quo*.

No quarto capítulo, até para justificar a utilização da técnica antecipatória a partir dos parâmetros decisórios delimitados no capítulo terceiro, objetiva-se verificar a influência do tempo sobre a tutela processual dos direitos, sobretudo nas questões relacionadas à saúde, e discutir a existência do direito fundamental à tutela de urgência e seus limites, rompendo sempre com o paradigma racionalista liberal que ainda se encontra enraizado na cultura jurídica brasileira. Pretende-se, aqui, ratificar o argumento de que, nas situações de extrema urgência, deve-se conceder medida satisfativa em favor do jurisdicionado, sob pena de inconstitucional negativa de prestação jurisdicional. Dessa forma, além de estabelecer um panorama geral acerca do regime jurídico das tutelas sumárias previsto no CPC/2015, o capítulo tem por função definir que a Fazenda Pública também é destinatária do direito fundamental à obtenção de provimentos de urgência dotados de satisfatividade, inclusive a

estabilização da tutela antecipada. Pretende-se demonstrar, enfim, no quarto capítulo, que a tutela sumária de direitos não se enquadra mais como um modelo excepcional de prestação jurisdicional.

Por sua vez, no quinto capítulo, pretende-se discutir, em um primeiro momento, as dificuldades probatórias dessas demandas por prestações de saúde pública, inclusive no que se refere aos limites dos poderes instrutórios do juiz e aos ônus processuais das partes envolvidas formalmente no litígio. Esse debate revela-se metodologicamente relevante em termos de comportamento judicial democrático no processo. Em um segundo momento, também refletindo sobre as dificuldades institucionais que o tema propõe, pretende-se sugerir critérios de utilização de técnicas processuais que sejam compatíveis com as necessidades do direito à saúde, principalmente para viabilizar a execução em situações de urgência.

Refletir sobre essas dificuldades probatórias e executórias tem por função continuar ratificando a tese de que o juiz somente deva decidir a questão e levar a execução às últimas consequências nas situações de extrema urgência, pois presumivelmente são incompatíveis com a solução negociada. Fora dessa hipótese, todavia, a decisão deve ser subsidiária, a última opção, uma vez que o sistema jurídico, reconhecendo a natureza estrutural e policêntrica do litígio, aponta para o dever judicial de coletivizar o procedimento, de modo que o juiz, procurando evitar os impactos político-financeiros que imediatamente recaem sobre a governabilidade, promova os diálogos constitucionais e atue como interlocutor social e democrático.

É nessa perspectiva que surgem os dois últimos capítulos. No capítulo sexto, pretende-se demonstrar que, sob o ponto de vista procedimental, é perfeitamente possível uma atuação judicial democrática, rompendo-se com dogmas anteriores que já não correspondem ao que se espera da jurisdição contemporânea. Parte-se da premissa de que o processo, como forma de realização de conflitos, interfere simbolicamente na formação cultural da sociedade, e, nessa perspectiva, busca-se verificar se o CPC/2015 estabeleceu um salto de qualidade. Propõe-se, no capítulo sexto, refletir sobre as possibilidades de avanços democráticos por meio do processo, afinal, o aperfeiçoamento da democracia deve ser permanente, e, dessa forma, investigar se, por força do atual modelo cooperativo, o juiz deve se comportar democraticamente em sua relação com as partes formais do processo, acarretando a naturalização do ambiente, nos litígios estruturais, que são policêntricos e complexos, como os casos que envolvem pedidos de prestações de saúde pública, para que a sua conduta deva ser de flexibilidade quanto à abertura para outros atores sociais entrarem no debate. O

aperfeiçoamento da esfera pública, enquanto espaço de deliberação, portanto, deve ser permanente.

Sendo assim, no sétimo e último capítulo, sugere-se propor um procedimento judicial que se inicia com a coletivização da demanda (individual), mediante democrática negociação com as partes de um processo tido por adequado a propiciar amplos e melhores debates acerca da temática. Ademais, mediante o resgate do valor da oralidade e o incentivo da participação da sociedade no processo por intermédio da realização de audiências públicas e o ingresso de *amicus curiae*, propõe-se que as soluções, sempre de consenso, inclusive na fase executória, devem respeitar a universalidade isonômica relativa ao direito à saúde e o planejamento governamental, rompendo com a ideologia individualizante e casuística que ainda vigora no modelo de jurisdição brasileira. Em outras palavras, ratificando a natureza estrutural desses casos, estabelece-se um modelo de procedimento que, concomitantemente, seja compatível com os valores democráticos da atualidade e as peculiaridades dos litígios que afetam, direta ou indiretamente, políticas públicas de saúde.

Por oportuno, reafirma-se que o objeto principal da pesquisa diz respeito ao “comportamento democrático do juiz” diante das demandas individuais por bens e serviços de saúde pública que estão fora do planejamento administrativo ordinário, a exemplo de exames e procedimentos cirúrgicos não fornecidos universalmente *a priori* ou de medicamentos ausentes na lista da RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais). São essas ações que, em princípio, potencializam a ocorrência de crises entre as funções típicas estatais, desestabilizando a cláusula pétrea da separação de poderes, e o modelo decisório e procedimental proposto nesta tese tem como finalidade solucionar essa espécie de litigância judicial. Sendo assim, embora esses temas sejam relevantes, não se pretende estudar, por exemplo, o histórico da judicialização da saúde no Brasil, a organização do SUS ou a responsabilidade dos entes federativos quanto à saúde pública no modelo constitucional em vigor.

De igual modo, o objeto da pesquisa não é a possível causa da problemática — o mau funcionamento do sistema político, em que os cidadãos poderiam exigir de seus legítimos representantes fiscalização efetiva e prioridades nas escolhas orçamentárias e nas ações de governo sobre políticas públicas de saúde —, mas sim a consequência, que é a crescente judicialização atual. Não se discute que toda a problemática poderia ser solucionada antes do processo judicial, pelo funcionamento regular das instâncias e arenas políticas, como reflexo da emancipada cidadania ativa, mas, como esse aspecto não é verificado atualmente, preocupa-se com a solução racional dessas demandas judiciais. Nessa perspectiva, o foco do

estudo, repita-se, centra-se na proposta de um modelo ideal de comportamento democrático do juiz, decidindo ou conduzindo o procedimento nessas demandas sobre prestações de saúde pública.

Esclarece-se, também, que a linguagem utilizada neste estudo é prescritiva, raramente descritiva, pois se propõe, doutrinária e normativamente, o estabelecimento de parâmetros comportamentais do juiz acerca do tema de pesquisa considerados adequados ao sistema jurídico pátrio. Finalmente, esclarece-se que o método a ser utilizado no presente trabalho será o indutivo, o método de procedimento será o monográfico, e será utilizada a técnica de pesquisa documental e bibliográfica.

## CAPÍTULO 1: CRÍTICAS, DILEMAS E PARADOXOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: DESAFIOS SUPERÁVEIS PELO “JUIZ-DIALÓGICO”

### 1.1 DESAFIOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: CRÍTICAS, DILEMAS E PARADOXOS

A judicialização da saúde pública<sup>2</sup> é um tema extremamente delicado, inclusive há quem defenda que as melhores soluções de conflitos foram delineadas por métodos extrajudiciais<sup>3</sup>. Além de inevitável juridicamente, é possível, todavia, apontar dados interessantes na judicialização, visto que esta acarreta, por exemplo, um cuidado maior por parte do governo, pelo menos em tese, em relação aos bens e serviços que são fornecidos à população, quando já incluídos nos programas governamentais. Outro exemplo positivo é o acréscimo de novas tecnologias, pelo SUS e pela ANS (Agência Nacional de Saúde Complementar), envolvendo medicamentos e procedimentos, comprovadamente eficazes e seguros, os quais, até então, não estavam incorporados às políticas públicas de saúde. Noutro ilustrativo aspecto, a judicialização, ao tempo em que reconhece eficácia ao direito fundamental à saúde (art. 196 da CF), provocou uma intensa fiscalização da esfera administrativa, especialmente por intermédio da ANVISA, e a criação da CONITEC<sup>4</sup>, com a finalidade de auxiliar o Ministério da Saúde na incorporação dessas novas tecnologias, após elaboração e apresentação de estudos técnicos. Ademais, a judicialização terminou por atrair,

<sup>2</sup> Para uma visão geral, Cf. GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. *Direito à saúde. Análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

<sup>3</sup> Reynaldo Mapelli Júnior, no particular, sugere o seguinte: a) criação de Centros de Triagem Farmacêutica, “setor específico em cada região de saúde, coordenado pelo Estado-membro e com participação dos demais gestores interfederativos do SUS, para orientar pacientes, objetivando o atendimento de suas necessidades dentro do SUS; b) a criação de Câmaras Técnicas de Conciliação Extrajudicial, “para casos clínicos excepcionais, de difícil diagnóstico e tratamento, setor específico de conciliação em cada região de saúde, também sob a coordenação do Estado-membro e a participação dos demais gestores interfederativos, com possibilidade de consulta técnica de especialistas, objetivando atendimento no SUS e providências para assistência nos casos de ausência de alternativa terapêutica disponível ou pesquisa clínica, fazendo-se a inclusão das novas tecnologias por meio da CONITEC”; c) fortalecimento e divulgação da ANVISA, com “intensificação de mecanismos de transparência, rapidez para o registro sanitário e publicidade, nas atividades da ANVISA, por parte dos gestores do SUS”; d) fortalecimento e divulgação da CONITEC, por meio da “intensificação de mecanismos de transparência, incorporação rápida de tecnologias e publicidade, nas atividades da CONITEC, por parte dos gestores do SUS”; e) criação de Câmaras Técnicas de Conciliação Extrajudicial, “setor de conciliação extrajudicial, especialmente sob coordenação do Ministério Público, evitando-se o ajuizamento de ações judiciais desnecessárias”. Cf. MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 197.

<sup>4</sup> CONITEC é a comissão responsável pela comparação de alternativas terapêuticas, em termos de segurança, eficácia e custo-efetividade.

como parte da teoria da decisão judicial, a utilização da “medicina baseada em evidências” (MBE)<sup>5</sup>, tornando o tema mais racional.

Por outro lado, há alguns aspectos negativos. Por exemplo, algumas decisões, sem levar em conta a escassez de recursos, aparentemente adotam uma lógica que parece ser é possível obter qualquer medicamento ou tratamento disponível em alguma parte do mundo. Igualmente, no imaginário popular, tem-se a ideia de que a via mais fácil de reivindicar alguma prestação de saúde pública é a judicial. Não há, assim, uma preocupação com os espaços naturais da política. Ademais, os juízes nem sempre decidem com amparo na medicina baseada em evidências, ou seja, decidem sem referência a esses critérios técnicos adequados de ordem médica e farmacêutica. Logo, observa-se que nem sempre as evidências científicas do tratamento pleiteado são consideradas no momento decisório. Muitas decisões também não consideram o seu impacto financeiro e, por isso, terminam por desorganizar qualquer planejamento administrativo. Afirma-se, finalmente, que há uma utilização predatória da jurisdição estatal, pois nem sempre a sua invocação se faz necessária, sem falar no fato de que o acesso à justiça, nesses casos, tem sido utilizado por cidadãos que possuem maior nível econômico e de informações.

Observe-se que a proteção da saúde, especialmente pela esfera pública por meio da via judicial, termina sendo uma questão de prioridade<sup>6</sup>, e esses aspectos negativos só reforçam as

---

<sup>5</sup> Para uma pesquisa sobre o tema, concluindo que ainda é insuficiente a consideração da medicina baseada em evidências na judicialização da saúde, Cf. DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. “Medicina baseada em evidências da jurisprudência relativa ao direito à saúde”. *Einstein*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 1-5, jan./mar. 2016. Para uma visão conceitual acerca do tema, Cf. CASTIEL, Luis David; PÓVOA, Eduardo Conte. “Medicina baseada em evidências: ‘no paradigma assistencial e pedagógico’?” *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*. Botucatu, v. 6, n. 11, p.117-132, ago. 2002.

<sup>6</sup> Conforme acertadamente preleciona autorizada doutrina, a saúde não é mera ausência de doenças ou enfermidades, mas o estado de completo bem-estar físico, mental e social. A proteção da saúde é um tema multifacetário e complexo, pois envolve questões éticas extremamente sensíveis, inclusive do ponto de vista operacional, a exemplo da questão dos custos e de prioridades. Nessa perspectiva, há algumas décadas, no Brasil, já se reconheceu, por exemplo, a prioridade de tratamento de doenças infectocontagiosas. Outro exemplo é a priorização de doenças que geram limitações e encargos para o indivíduo, privando-o da vida civil e gerando um custo social e econômico relevante a título de tratamento, particularmente aquelas que geram dores crônicas. Outro ilustrativo caso envolve a priorização das doenças crônicas não transmissíveis, categoria em que se incluem as doenças cardiovasculares, câncer, diabetes e doenças respiratórias crônicas. Um outro grupo de doenças cuja priorização se discute é aquele formado por patologias que demandam cuidados de terceiros. Como se percebe, a eleição de determinadas doenças como prioritárias não é um decisão simples, nem se funda, em geral, em uma racionalidade única. Nesse sentido, observa-se que, embora não haja unanimidade, há certa tendência em se dar prioridade a crianças e idosos, principalmente por serem grupos vulneráveis, que, muitas vezes, demandam do resto da sociedade suporte físico, emocional e financeiro. Mulheres grávidas, de igual modo, costumam receber maiores investimentos dos sistemas políticos. Quanto ao aspecto econômico, observa-se que, se o objetivo da fixação de prioridades é maximizar a saúde das comunidades a partir dos recursos disponíveis, é preciso identificar não somente a eficácia do tratamento, mas também o que se denomina de custo-efetividade. Assim, é de extrema relevância conceber um processo de identificação de prioridades em saúde capaz de dar conta das exigências de razoabilidade, transparência e *accountability* próprias de uma democracia. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; FLORENTINO, Juliana;

críticas doutrinárias a respeito do tema, críticas essas cuja compreensão revela-se um pressuposto necessário para a construção de um modelo decisório e procedimental que seja tanto qualificado como democrático. Aliás, diante dos vários dilemas que serão vistos nos dois itens que se seguem, o grande desafio é construir um modelo de juiz que, compreendendo a dimensão estrutural que envolve os litígios por prestações de saúde pública fora do planejamento governamental, seja capaz de se comportar democraticamente no processo, seja no momento da decisão, seja no seu desenvolvimento por meio de atos de gestão do procedimento. É o que será visto no final deste capítulo.

### **1.1.1 Das críticas “principlológicas” à tutela judicial do direito a prestações de saúde pública**

Não obstante os esforços governamentais na área social<sup>7</sup>, é possível que essa atuação universal seja insuficiente em termos de universalidade. Nesse caso, é simpática a tese de que, para não incorrer em inconstitucionalidade por omissão, o Poder Judiciário, após natural provocação, deve imediatamente tutelar o cidadão. É preciso perceber, todavia, que uma prestação jurisdicional de qualidade<sup>8</sup> exige que as decisões judiciais também devam ser razoáveis e democráticas.

Nessa perspectiva, especialmente diante de questões complexas e estruturais, a lógica decisória tradicional, marcada pela bipolaridade e pela natureza retrospectiva, revela-se insuficiente. Em matéria de direito a prestações de saúde pública, por exemplo, poder-se-ia imaginar que o cidadão, por invocar diretamente o texto constitucional, tem sempre o direito de exigir judicialmente um determinado tratamento. Outras questões, todavia, demonstram que a temática é policêntrica e prospectiva, demonstram, enfim, que se trata de litígio estrutural. Por exemplo, é razoável a decisão que determina ao Estado o custeio de

---

SOUZA, Sérgio de; BIANCO, Técio. “Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 457-483, mai./ago. 2017.

<sup>7</sup> Verifica-se, ilustrativamente, que, a fim de assegurar o respeito à dignidade humana, os governos instituíram programas de renda mínima (renda básica de cidadania) a milhares de famílias brasileiras. Entretanto, como bem percebeu José Felipe Ledur, “se esses programas não vierem gradativamente acompanhados de medidas tendentes a que homens e mulheres possam se fazer responsáveis pela sua existência, sobretudo mediante educação e trabalhos dignos, a dependência do aporte governamental de recursos terminará por fomentar a indignidade dessas pessoas”. Cf. LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 110.

<sup>8</sup> Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “a tutela jurisdicional de qualidade deve revestir-se de seis atributos: ser *justa* (resolução da pendência em modo equânime), *jurídica* (tecnicamente hígida e convincente), *econômica* (boa relação custo-benefício), *tempestiva* (prolatada num processo sem dilações excessivas), *razoavelmente previsível* (apta a permitir um verossímil prognóstico sobre o desfecho da causa) e *efetiva* (idônea a assegurar a exata fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecida no julgado)”. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, p. 475-476.

medicamentos e tratamentos experimentais de alto custo? Na mesma perspectiva, o cidadão tem o direito a ser cobaia de um tratamento sem eficácia científica comprovada? E se existir um remédio “genérico”, seria razoável a condenação ao fornecimento de medicamento mais caro de marca específica? Ademais, caso exista um tratamento eficaz mais barato, é possível a determinação imediata da cirurgia pertinente, porém de custo consideravelmente mais elevado? Seria razoável determinar a inclusão de medicamentos nas listas do sistema de saúde? Como se percebe, a temática é complexa, o que será ratificado pelos questionamentos lançados no decorrer deste tópico de pesquisa.

Conforme preleciona Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>9</sup>, tutela judicial com impacto sobre “políticas públicas”<sup>10</sup> de direitos sociais recebe as mais diversas críticas por parte da doutrina, as quais podem ser agrupadas em “principiológicas”, que questionam a própria legitimidade de o Poder Judiciário atuar na concretização de direitos sociais, e “institucionais”, relacionadas aos problemas práticos decorrentes das decisões judiciais que determinam a entrega de bens e serviços à população<sup>11</sup>. Nas “críticas principiológicas”, enquadram-se as críticas de índole “liberal” e “democrática”. Já as “críticas institucionais” podem ser subdivididas em críticas de ordem “financeira”, “administrativa”, “técnica”, “econômica” e da “desigualdade quanto ao acesso à justiça”. Essas críticas são mais sensíveis nas questões envolvendo a saúde pública, pois, no momento de decidir, muitas vezes, os

---

<sup>9</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519-534. O tema também foi abordado na seguinte obra: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221-252.

<sup>10</sup> Conforme preleciona Maria Paula Dallari Bucci, “política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados”. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de políticas públicas em direito”. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci organizadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 39. Para fins deste estudo, todavia, adotar-se-á, desde logo, o conceito de Juarez Freitas, pois enfatiza que a promoção de políticas públicas não é mero programa episódico de governo, mas sim assunto de responsabilidade de todas as funções estatais, voltado ao cumprimento da Constituição. Nessa perspectiva, não há liberdade absoluta da administração, e a discricionariedade administrativa deve ser reconceituada, para permitir o seu controle concreto diante de prioridades constitucionais cogentes. Cf. FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33-34.

<sup>11</sup> Em sentido similar, Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. “Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites”. *Direitos humanos, democracia e república*. Estudos em homenagem a Fábio Konder Comparato. Organização de Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Claudineu de Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 697.

juízes sofrem uma pressão significativa, devido à situação urgente relacionada à manutenção da vida<sup>12</sup>.

Seguindo a sequência acima, iniciar-se-á pelas críticas principiológicas<sup>13</sup>. De uma maneira geral, sustenta-se que o Poder Judiciário, quando protagoniza políticas públicas de direitos sociais, mesmo que seja uma atividade inerente ao controle de constitucionalidade, assume, sem a devida capacidade institucional de lidar com essas questões prospectivas de natureza política, técnica e econômica, uma postura ativista que, a todo instante, flerta com o problema da legitimidade democrática<sup>14</sup>. Essas críticas envolvem questionamentos de ordem jurídica, acarretando debates sobre a teoria da Constituição, seu papel e alcance filosófico e operacional<sup>15</sup>.

Desse modo, a crítica liberal<sup>16</sup> é no sentido de que as decisões estatais devem ser tomadas por órgãos distintos, com base na legislação, apenas. Deve haver um “governo das leis”, de modo que ao Poder Judiciário caberia somente aplicar o que determina a legislação, pois atuar em políticas públicas significa incorrer em arbítrio, em vedado “governo dos homens”. Os direitos sociais, segundo essa concepção, não seriam verdadeiros direitos fundamentais, que compreendem apenas os direitos civis e políticos.

Konrad Hesse<sup>17</sup>, por exemplo, referindo-se ao direito alemão, alega que os direitos sociais, para serem exigidos, inclusive judicialmente, dependem de ações do Estado tendentes a realizar o programa neles contido. Além de uma atuação administrativa, sustenta que “só a partir de normas do legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis perante os poderes públicos”. Por isso, ao contrário da doutrina dos direitos

<sup>12</sup> Esse tema das críticas contra a judicialização da saúde pública já foi objeto de considerações em estudo anterior, Cf. REIS, Sérgio Cabral dos. “Breves notas sobre o PL n° 8.058/2014, que pretende instituir o processo especial para o controle das políticas públicas e sua intervenção pelo poder judiciário”. *Parahyba Judiciária – Revista da Justiça Federal*, João Pessoa, ano 9, n. 9, p. 248-269, set. 2015.

<sup>13</sup> Luís Roberto Barroso fala em “crítica político-ideológica”, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 446-447.

<sup>14</sup> VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “Controle de constitucionalidade e ativismo judicial”. *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. Daniel Wei Liang Wang organizador. São Paulo: Macial Pons, 2013, p. 70-72.

<sup>15</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

<sup>16</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519-521.

<sup>17</sup> HESSE, Konrad. “Significado dos direitos fundamentais”. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

fundamentais, defende que os direitos sociais não chegam a justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta.

Por sua vez, a crítica democrática, de logo, questiona o fato de que o Poder Judiciário, apesar de não desconsiderar por completo a opinião popular, não tem seus membros eleitos<sup>18</sup>, nem responde politicamente perante o povo, motivo pelo qual não poderia interferir nas escolhas realizadas pelo Legislativo e pelo Executivo, principalmente sobre quais gastos priorizar, em decorrência da escassez de recursos. Não haveria, pois, como contornar o âmbito de competência do legislador acerca dos direitos sociais, já que o Poder Judiciário não tem competência constitucional para elaborar a legislação que tornaria a concretização dessas normas viáveis, inclusive a orçamentária<sup>19</sup>.

Para não sufocar o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia, sustenta Ana Paula de Barcellos que “não há dúvida de que definir *quanto* se deve gastar de recursos públicos, com que *finalidade*, *em que* e *como* são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado”<sup>20</sup>.

Segundo essa concepção crítica, entendendo-se o contrário, haveria um governo de juízes, já que a democracia se caracteriza pelo autogoverno do povo ou pela deliberação majoritária. Em outras palavras, uma atuação judicial demasiada quanto à tutela dos direitos sociais pode comprometer a liberdade de conformação, típica da atividade democrática do legislador, especialmente quando se sabe que, no Direito Constitucional, é muito tênue a fronteira entre Direito e Política<sup>21</sup>. Do contrário, ao fazer escolhas políticas, a jurisdição estaria ferindo a cláusula da separação de poderes<sup>22</sup>, além de sufocar o sistema político, por retardar o processo de maturação política da cidadania<sup>23</sup>. Nessa perspectiva, essa linha de pensamento alega que a intervenção judicial em políticas públicas enfraqueceria o poder dos

<sup>18</sup> Diferentemente do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América. Por todos, Cf. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 7. Sobre o modelo norte-americano de recrutamento de juízes, Cf. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “O sistema judiciário norte-americano e o aprimoramento dos seus juízes”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre – RS, ano VIII, n. 22, p. 182-191, jul. 1981.

<sup>19</sup> LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

<sup>20</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 108.

<sup>21</sup> MOREIRA, Reinaldo Daniel. “A efetivação judicial dos direitos sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 19, n. 75, p. 314 e 326, abr./jun. 2011.

<sup>22</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 44 e 52-53.

<sup>23</sup> SILVA, Edvaldo Fernandes da. “Excesso de jurisdição ou escassez de política? Apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 209-230, jan./jun. 2013.

cidadãos de se mobilizarem para a luta política<sup>24</sup>, optando pela tutela judicial de seus interesses<sup>25</sup>.

### 1.1.2 Das críticas “institucionais” à tutela judicial do direito a prestações de saúde pública

O impacto social da judicialização da saúde pública no Brasil é significativo. De acordo com relatórios do CNJ, em 2014, já tramitavam mais de 400 mil demandas versando sobre a temática, volume sempre crescente, se comparado às estatísticas anteriores, o que demonstra uma verdadeira epidemia de litigiosidade quanto aos bens e serviços pertinentes. Esse fenômeno não é notado apenas em países da América Latina, mas também na Índia e na África do Sul, por conta do modelo constitucional dos últimos tempos. Em alguns casos, o resultado foi positivo, havendo como consequência da judicialização um aumento na universalização das prestações de saúde pública; em outros, todavia, o resultado foi negativo, pois o acesso à justiça, abstratamente assegurado, restou viabilizado para grupos sociais economicamente privilegiados, inclusive por pessoas que já têm alguma cobertura por intermédio de planos privados, e não se consideraram os custos e os benefícios das prestações requeridas<sup>26</sup>.

É contra esse quadro que se apresentam as críticas institucionais em oposição à judicialização da saúde pública no Brasil. Tendo em vista o atual contexto socioeconômico, há quem defenda uma completa revisão dos direitos sociais, ajustando-os às condicionantes fáticas da escassez de recursos financeiros<sup>27</sup>, para garantir apenas o mínimo para uma existência condigna<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Nesse sentido, Cf. LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, p. 230-238.

<sup>25</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 522-525.

<sup>26</sup> MAESTAD, Ottar; RAKNER, Lise; FERRAZ, Octavio L. Motta. “Assessing the impact of health rights litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa”. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Edited by Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 300. No mesmo sentido, Cf. CUEVA, Ricardo Villas Boas. “Parâmetros para a judicialização do direito à saúde”. *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Estudos em homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Claudio Lembo, Mônica Herman Caggiano e Manoel Carlos de Almeida Neto coordenadores. São Paulo: RT, 2015, p. 510-511.

<sup>27</sup> Sobre os custos dos direitos, Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 13-16. Na doutrina brasileira, por todos, Cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 215-235, 325-328 e 336-347.

<sup>28</sup> SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Coimbra University Press, 2014, p. 9-10.

Argumenta-se que, de fato, a vida não tem preço no sentido de um valor monetário de mercado, pois, obviamente, não se pode comprar ou vender uma vida, mas o cuidado à saúde tem preço e, principalmente nos casos de doenças raras ou genéticas, muito alto<sup>29</sup>. Tem-se defendido que, por decidirem por perversa caridade individual, os juízes têm desconsiderado que o cidadão convive em comunidade<sup>30</sup>. Sustenta-se, nessa perspectiva, que todos esses processos podem gerar efeito colateral aos demais cidadãos, pois o governo reconhece que, se houver grande ampliação no estoque da dívida pública, o desequilíbrio terá que ser compensado pelo incremento do esforço fiscal, ou seja, aumento da receita por meio de impostos, aliado à tentativa de reduzir despesas.

Nessa concepção, no que tange à tutela judicial, a “crítica financeira” diz respeito à impossibilidade material de cumprimento de algumas decisões. Para o governo, de uma maneira geral, só é possível incluir o fármaco ou o tratamento no sistema, quando puder fornecê-los a todos aqueles que necessitam de apoio, mediante critério de universalidade, tendo em vista que a arrecadação e as despesas públicas são limitadas. Sendo assim, inspirada na doutrina da “reserva do possível”, afirma-se que, mesmo que seja ultrapassada a questão da legitimidade judicial, não havendo condições financeiras concretas, a decisão estará condenada à inefetividade<sup>31</sup>.

O problema, desse modo, não seria de legitimidade, mas sim de executoriedade (possibilidade fática de cumprimento das promessas constitucionais<sup>32</sup>), que deve ser considerada não apenas quanto ao caso concreto, mas também em relação à totalidade de casos semelhantes<sup>33</sup>. Nesse particular, para que a ação estatal seja coerente e imparcial, afirma-se que se deve ponderar a respeito de a decisão ser exequível ou não, caso a medida seja universalizada<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> No sentido de que, “no campo da saúde, a escassez, em maior ou menor grau, não é um *acidente* ou um *defeito*, mas uma *característica implacável*”, Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 151.

<sup>30</sup> CAÚLA, César. *Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Salvador: JusPODVIM, 2010, p. 108 e 163.

<sup>31</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. “Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites”. *Direitos humanos, democracia e república*. Estudos em homenagem a Fábio Konder Comparato. Organização de Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Claudineu de Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 699-700.

<sup>32</sup> GRAU, Eros Roberto. “Realismo e utopia constitucional”. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

<sup>33</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 525-527.

<sup>34</sup> Apesar de o custo de uma casa, por exemplo, ser insignificante, caso comparado ao orçamento, o governo não tem condições de fornecer moradias a todos que não possuem um teto para morar.

A questão, por esse modo de análise, não seria propriamente em relação aos custos da medida — por exemplo, um tratamento médico no exterior —, mas sim, em homenagem ao princípio da isonomia, a respeito da razoabilidade ou não da legitimidade da omissão, em matéria de política pública, em comparação com as pessoas que eventualmente estivessem na mesma condição da postulante<sup>35</sup>. Não são razoáveis, por exemplo, quanto a outros direitos sociais, as decisões judiciais que condenem a Administração Pública a entregar uma casa para uma família ou a empregar um determinado trabalhador desempregado, pois, ainda que a pretexto, respectivamente, de efetivar os direitos à moradia ou ao trabalho, não são passíveis de universalização<sup>36</sup>. Revela-se necessário, portanto, pensar em todos.

Uma parte da doutrina faz um contraponto a essa tese, sustentando que a questão, na realidade, deve se resumir à “delimitação da competência constitucional”, sendo secundária a temática dos custos ou do impacto financeiro da decisão<sup>37</sup>. Defende-se, segundo essa vertente doutrinária, que, apesar de garantidor de direitos subjetivos, o Poder Judiciário não tem competência constitucional para a elaboração de políticas públicas<sup>38</sup>, caracterizadas como um processo intencional e racional que visa à solução de problemas coletivos, com impactos duradouros, ainda que também interfira na realidade imediata, composto por diferentes etapas (agenda/decisão, formulação, implementação, monitoramento e avaliação) e níveis (política pública, programa e projeto)<sup>39</sup>. Em outros termos, defende-se que é a política, por intermédio de seus atores visíveis (Executivo e Legislativo) e invisíveis (mídia, por exemplo), que define

<sup>35</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 411.

<sup>36</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 540.

<sup>37</sup> Nessa linha de pensamento, manifesta-se Leandro Martins Zanitelli: “Um risco criado pela doutrina da reserva do possível é precisamente o de fazer com que isso seja esquecido: a atenção dada aos custos dos direitos traz consigo o perigo de que toda ação baseada em direitos fundamentais seja encarada como um problema de custos, para a solução da qual se tenha que avaliar unicamente a importância do pedido, a quantidade de recursos necessária ao seu atendimento e as outras demandas que poderiam ser satisfeitas com os mesmos recursos. Apesar de os custos não poderem ser esquecidos, essa maneira de ver as coisas é falha porque ignora a questão das competências, a ser enfrentada em primeiro lugar. Antes, pois, de perguntar se o Estado “pode pagar”, o Poder Judiciário tem de determinar se é sua, ou exclusivamente do legislador, a atribuição de considerar os custos para a realização do direito invocado”. Cf. ZANITELLI, Leandro Martins. “Custos ou competência? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 192.

<sup>38</sup> Defendendo que a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas é antidemocrática e inconstitucional, Cf. CAÚLA, César. *Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Salvador: JusPODVIM, 2010, p. 137.

<sup>39</sup> RIANI, Frederico Augusto d’Avila. “Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário”. *Sequência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 66, p. 137-160, jul. 2013.

a agenda — colocando em evidência o problema a ser enfrentado — e a alocação dos recursos públicos necessários a sua solução.

Na linha das críticas precedentes, Fernando Facury Scaff<sup>40</sup> advoga no sentido de que, no Brasil, as prioridades de gastos públicos devem ser estabelecidas pelo Poder Legislativo, por meio do sistema orçamentário, pois é nele que são eleitas as (prioridades) de “curto” e “médio” prazos, reservando-se à Constituição as de longo prazo. Trata-se da “discrecionalidade do legislador”. Ao Poder Executivo, reserva-se a função de realizar estes gastos, na forma e nos limites da legislação, mas com certa margem de “discrecionalidade administrativa”, respeitando-se as disposições constitucionais e legais que regem as situações concretas sob responsabilidade da Administração.

Em contrapartida, segundo Fernando Facury Scaff, à função jurisdicional caberia apenas “dirimir conflitos nos termos da lei”, inclusive prolatando “sentença aditiva”, ou seja, “aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”<sup>41</sup>, a exemplo do permissivo constitucional quanto ao mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF). Em suas palavras, “proferir sentenças aditivas sob o impacto da pressão dos fatos, mesmo que dos fatos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou da falta de recursos para a compra de remédios, não é papel do Judiciário”<sup>42</sup>.

Enfim, a partir da concepção de que os direitos sociais não compõem um conjunto uniforme de direitos, tem-se defendido, doutrinariamente<sup>43</sup>, que, ressalvadas as exceções que decorrem diretamente do texto constitucional, a exemplo do direito subjetivo à educação (art. 208, I e § 1º), os direitos sociais prestacionais decorrentes da Constituição, como é o caso dos previstos nos arts. 6º, 196 e 197, não têm, para fins de tutela direta em um processo jurisdicional, eficácia imediata, pois, como normas constitucionais programáticas, dependem da legislação ordinária e ficam sujeitos a providências administrativas que contemplem a sua conformação.

Por sua vez, a “crítica administrativa” é no sentido de que a atuação judicial no que se refere aos direitos sociais, havendo o bloqueio de verbas<sup>44</sup>, com não rara frequência,

<sup>40</sup> SCAFF, Fernando Facury. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 51, p. 98-99, jun. 2007.

<sup>41</sup> *Idem*, p. 79.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>43</sup> RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan./dez. 2007.

<sup>44</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309.

“desorganiza” a Administração Pública. Sustenta-se, dessa forma, que decisões judiciais que obrigam o poder público a fornecer medicamentos e tratamentos não disponíveis na rede pública de saúde interferem na administração do órgão público, violam a isonomia entre os pacientes e prejudicam o atendimento coletivo de toda a população, ao privilegiarem casos individuais, inclusive com “prestações atípicas”<sup>45</sup>. Com efeito, sustenta-se que a ação judicial, quanto aos pleitos por medicamentos, por exemplo, compromete os esforços governamentais de distribuição farmacêutica, aumentando a desigualdade no acesso e incentivando o uso irracional dos mesmos, no âmbito do SUS<sup>46</sup>. Afirma-se, nesse contexto, que os administradores deixam de se dedicar ao planejamento e à execução de políticas públicas, para se concentrar no cumprimento de decisões judiciais envolvendo, normalmente, casos individuais, para não correr o risco até mesmo de prisão<sup>47</sup>.

Os dados oficiais indicam que o Poder Judiciário, ao adotar a tese de que há responsabilidade solidária dos entes federativos nas ações individuais<sup>48</sup>, concede bens que não se restringem ao que foi previamente definido em listas públicas, ocasionando, ainda que indiretamente, um “novo desenho na política de assistência farmacêutica do SUS no que tange à distribuição de competências entre os entes federados”<sup>49</sup>.

Não é raro observar, igualmente, que se gasta mais com a compra de medicamentos decorrentes de determinação judicial do que se investe em programas de saneamento básico. Há, no particular, em muitos casos, delicada relação entre essas demandas e a indústria farmacêutica, por conta da prescrição generalizada e injustificada de remédios de alto custo<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> “Prestações atípicas” em matéria de saúde pública são produtos e serviços que não fazem parte das atribuições legais sanitárias. São exemplos colhidos na jurisprudência: a) absorvente; b) achocolatado; c) adesivo; d) adoçante; e) água (de coco e mineral); f) álcool etílico; g) amido de milho; h) antisséptico bucal; i) bebida baseada em soja; j) colchão; k) condicionador; l) farinha; m) filtro de água; n) fraldas variadas; o) hidratante; p) lanceta para coleta de sangue capilar; q) leites variados; r) óleos; s) pilhas; t) órteses e próteses; u) sabonetes; v) xampu; x) travesseiro. Nesse sentido, Cf. MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 142-144.

<sup>46</sup> QUINTAS, Fábio Lima. “Juizes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 37, jan./mar. 2016.

<sup>47</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 528-529.

<sup>48</sup> Ilustrativamente, observe-se que, para o STF, “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente”. RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, publicado em 16/03/2015.

<sup>49</sup> WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. “Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa”. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.

<sup>50</sup> QUINTAS, Fábio Lima. “Juizes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 37, jan./mar. 2016.

Enfim, a administração pública, assim como a própria Política<sup>51</sup>, segue atrofiada e moldada ao cumprimento de decisões, perdendo a sua essência de atividade planejada<sup>52</sup>.

Apesar da cooperação e da gestão compartilhada entre os entes federativos, essas decisões, segundo aponta essa vertente doutrinária<sup>53</sup>, acarretam efeitos deletérios para o sistema, por pelo menos três motivos: a) acarretam um “acesso desigual ao SUS”, pois aqueles que litigam têm acesso a um rol mais amplo de ações e serviços de saúde, enquanto o restante da população conta apenas com o que está previamente definido na pertinente política pública; b) geram um “desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema”, sobrecarregando, muitas vezes, o ente mais frágil do conjunto, o município, inclusive alguns sequer têm considerável receita própria; e c) geram um “elevado grau de incerteza ao gestor público”, não apenas sobre a extensão dos recursos públicos que precisará disponibilizar para a compra de medicamentos, a realização de tratamentos e/ou intervenções cirúrgicas, mas também sobre o “impacto nas contas públicas e os cortes necessários em outras despesas e políticas”.

Alega-se, em outros termos, que os juízes não estão preparados para entender e controlar as questões orçamentárias, especialmente nas questões relacionadas à realização de políticas públicas, em que a previsibilidade e o planejamento orçamentários revelam-se centrais. Nesse sentido, os juízes, para não desorganizarem arbitrariamente o planejamento administrativo, devem considerar a disponibilidade de recursos e a sua distribuição pelo governo nos casos em que, direta ou indiretamente, a demanda reflete em políticas públicas de saúde<sup>54</sup>.

Por tais motivos, sustenta-se que, para possibilitar o necessário planejamento financeiro e a capacidade organizacional do governo, deve-se seguir a previsão orçamentária, evitando-se a concessão de liminares que determinam o bloqueio de valores na “boca do caixa”, inclusive porque “a fórmula brasileira de pagamento de despesas de pequeno valor,

---

<sup>51</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

<sup>52</sup> QUINTAS, Fábio Lima. “Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 39, jan./mar. 2016.

<sup>53</sup> WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. “Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa”. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1201-1203, set./out. 2014.

<sup>54</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 135-136.

em caso de precatórios, é uma solução inventiva, justa e adequada, que resolveu um problema real através da lei”<sup>55</sup>.

Seguindo nas críticas quanto à tutela judicial de direitos sociais, afirma-se que o Poder Judiciário não tem condições de atuar racionalmente em políticas públicas, por falta de “capacidade técnica”<sup>56</sup>. Ao contrário dos administradores, formados por um específico corpo técnico nos Ministérios e Secretarias, os juízes não estariam capacitados, por exemplo, para saber se determinado medicamento é efetivamente necessário ou não. O juiz, por esse modo de ver a questão, atua no processo sem a visão do administrador, que conta com informações e assessoramento específicos que orientam a formulação de políticas voltadas à saúde pública<sup>57</sup>.

Sob o “ponto de vista econômico”, critica-se a atuação judicial em relação aos direitos sociais, pois, diferentemente do que é considerado por juízes adeptos do pragmatismo jurídico norte-americano<sup>58</sup>, não se levam em consideração, normalmente, as “consequências” das decisões, o que compromete investimentos públicos. Alega-se que nem sempre essas intervenções judiciais favorecem os mais excluídos.

Ana Paula de Barcellos<sup>59</sup> resume bem o problema em matéria de saúde pública:

É certamente penoso para um magistrado negar, *e.g.*, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no *mínimo existencial* que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica ou de uma opção política adicional veiculada pelo Legislativo ou pelo Executivo. Nesse contexto, as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe afinal aplicar a Constituição, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde pública.

<sup>55</sup> SCAFF, Fernando Facury. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 51, p. 88, jun. 2007.

<sup>56</sup> Para Fátima Nancy Andrighi, “o denominado paternalismo exacerbado atribuído aos juízes no âmbito da saúde pública é muito mais produto da falta de uma fonte segura de informações médico-científicas do que de uma forma ideológica de decidir”. Cf. ANDRIGHI, Fátima Nancy. “A fosfoetanolamina sintética: uma proposta de reflexões sobre o paternalismo exacerbado do poder judiciário na área do direito à saúde”. *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. Werson Rêgo coordenador. Rio de Janeiro: GZ, 2017, p. 214.

<sup>57</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 334, set. 2016.

<sup>58</sup> Por todos, Cf. POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 259.

<sup>59</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 805-806.

E pondera, com razão:

Um levantar de olhos e um olhar ao lado, todavia, embora não seja capaz de diminuir o drama humano envolvido nessas situações, revela outros dramas e proporciona um enfoque mais global do tema. Se é terrível negar uma determinada prestação de saúde a um indivíduo, que dizer dos milhares de mães que morrem no momento do parto porque os hospitais públicos dos três níveis federativos não as assistem? Ou que dizer das crianças que morrem antes do primeiro aniversário por falta de acompanhamento pediátrico básico? Ou daquelas que morrem em decorrência de doenças relacionadas com a falta de saneamento, ou as vítimas de malária, hipertensão, diabetes, doença de chagas etc.?

Daí, conclui:

A rigor, a única diferença que distingue o autor de uma demanda judicial desses milhares de pessoas é que estas não têm capacidade de mobilização, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia; afora isso, as duas situações são igualmente dramáticas e envolvem decisões, no primeiro caso, do magistrado e, no segundo, do Legislativo e da Administração, acerca das prioridades na área de saúde. A falta de exposição pública das deficiências da saúde básica acaba por produzir um resultado perverso, que é fazer com que ninguém pareça se sentir pessoalmente responsável pela escolha igualmente trágica de investir os recursos em outras prioridades, deixando as pessoas desamparadas. Como se tais decisões houvessem sido tomadas por alguma modalidade contemporânea de *mão invisível*, e não pelos homens; como se não se tratasse afinal de uma decisão, mas de uma fatalidade, ou no máximo de uma culpa social, coletiva, difusa e inconsistente.

Assim, sustenta-se que acesso à justiça de uma pessoa, normalmente pleiteando medicamento de alto custo, pode comprometer a tutela dos direitos sociais de uma parcela muito maior da sociedade<sup>60</sup>. Por ser o individualismo judicial um aspecto considerável dos problemas envolvendo a judicialização de políticas públicas<sup>61</sup>, afirma-se que a vida de uma pessoa pode significar o comprometimento futuro da vida de milhares de outras pessoas. Sem critério, a tutela individual só contribui para desorganizar e descapitalizar o SUS, baixando a qualidade dos seus serviços e afetando negativamente a racionalidade e a eficiência da sua gestão, em prejuízo da população mais carente<sup>62</sup>. Nesse sentido, enquanto alguns, pela via

---

<sup>60</sup> Via de regra, nessas demandas, discute-se o dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo. Em defesa, sustenta-se que privilegiar o atendimento de um único indivíduo comprometeria políticas de universalização do serviço de fornecimento de fármacos, em prejuízo aos cidadãos em geral, debilitando investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação, sem prejuízo de também violar a reserva do possível e a legalidade orçamentária.

<sup>61</sup> CHAYES, Abram. "The role of the judge in public law litigation". *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281, 1284 e 1288-1289, may, 1976.

<sup>62</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 62.

judicial, têm acesso ao SUS, o restante tem acesso administrativo extremamente limitado, diante do redirecionamento de recursos daqueles que exerceram o seu direito de ação<sup>63</sup>.

Tem-se defendido, desse modo, que o Estado só deve atender a uma prestação individual, se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação, pois, hodiernamente, a atuação judicial em políticas sociais alcança predominantemente a classe média, notadamente quando a Defensoria Pública ainda não possui uma estrutura compatível com as demandas solicitadas. Esse aspecto ratifica, conforme pertinente crítica, o fato de que não há, no Brasil, acesso universal e igualitário aos bens sociais fundamentais, razão pela qual, a partir da premissa de que a jurisdição “não pode degenerar-se em instância de consecução de benefícios a poucos”<sup>64</sup>, tem-se argumentado no sentido de que, na judicialização da saúde pública, devem ser atendidos os princípios democrático, da isonomia e da reserva do possível<sup>65</sup>.

Como se percebe, tem-se entendido que o “acesso à justiça” no Brasil, em regra, beneficia quem tem mais informações e recursos, o que, paradoxalmente, desprestigia a busca pela igualdade material<sup>66</sup>. Tem-se sugerido, dessa forma, que, por conta da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais em matéria de saúde pública, a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas, que, como típicas opções políticas e considerando critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), pressupõem “escolhas trágicas”<sup>67</sup> pautadas por critérios de macrojustiça<sup>68</sup>. Na realidade, há dramaticidade na escolha de quaisquer dos caminhos, o que demonstra, conforme se confirmará adiante, que a tarefa de julgar não é fácil, não é simples, demandando um estudo multidisciplinar, inclusive da realidade fática subjacente ao caso.

<sup>63</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, , p. 212-213, jul./dez. 2015.

<sup>64</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle Brum. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 105.

<sup>65</sup> Para uma pesquisa nesse sentido, com foco em decisões do TJSP, Cf. CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. “Justiça social e saúde: o controle judicial de políticas públicas”. *Revista Videre*, Dourados – MS, v. 8, n.16, p. 22-44, jan./jun. 2016.

<sup>66</sup> Tem-se defendido, por conta disso tudo, que a via judicial, mesmo fundada na medicina baseada em evidências, é totalmente inadequada e reforça o apartheid social entre aqueles que tem acesso à saúde — que são os que detêm “maior nível econômico e mais informações” e “não fazem parte da parcela mais carente” — e os que possuem poucos recursos, que, consequentemente, permanecem à margem de um diferenciado sistema de prestação de bens e serviços de saúde pública.

<sup>67</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 347.

<sup>68</sup> Sobre a correlação entre escassez de recursos, escolhas trágicas e macrojustiça, Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-18.

Enfim, apresentadas as críticas à judicialização da saúde pública, revela-se oportuno, agora, delimitar um modelo de juiz que, em tese, tenha a efetiva capacidade de enfrentá-las em sua atuação. É o objeto do tópico seguinte.

## 1.2 POR UMA JURISDIÇÃO MINIMALISTA? DO “JUIZ-DIALÓGICO” COMO MODELO ADEQUADO À TUTELA DO DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA

Pretende-se, neste segundo tópico, enfrentar as questões relacionadas às críticas principiológicas da judicialização da saúde pública, especificamente no que concerne a bens e serviços não contemplados pela legislação e pelo planejamento administrativo. Devem os juízes limitar-se a uma interpretação formal do Direito, para respeitarem os espaços delimitados pelo sistema jurídico das funções legislativa e administrativa? A legislação, por si, tem força suficiente para regulamentar todos os conflitos sociais? Qual é a legitimidade democrática da jurisdição em sua atividade criativa de direitos? Para responder a essas e a outras questões, acredita-se que a legitimidade democrática da jurisdição, quanto às decisões dessa natureza, encontra um limite no sistema jurídico, ou seja, para que a violação a este não comprometa os pilares do Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais neste campo devem ser revertidas em excepcionalidade, posicionando-se justamente no equilíbrio entre os ideais defendidos pelas correntes “procedimentalistas” e “substancialistas”<sup>69</sup>.

### 1.2.1 Do “ativismo judicial” como comportamento antidemocrático

A “judicialização de políticas públicas de direitos fundamentais” e o “ativismo judicial” são fenômenos marcantes das democracias modernas no mundo<sup>70</sup> (Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e EUA), inclusive da sociedade brasileira atual, com amplas possibilidades democráticas e republicanas, valorizando a cidadania<sup>71</sup>. Esses modelos comportamentais, todavia, não surgiram do nada. Pelo contrário, a partir da ideia de omissão

<sup>69</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 225-226.

<sup>70</sup> Para um resumo dos motivos do surgimento do ativismo judicial em escala global, Cf. TATE, C. Neal. “Why the expansion of judicial power?”. *The global expansion of judicial power*. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York / London: New York University Press, 1995, p. 27-37.

<sup>71</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 11, 153 e 260.

administrativa e legislativa<sup>72</sup>, foram inspirados, em maior ou menor medida, por diversas teorias doutrinárias, especialmente as mais recentes<sup>73</sup>.

No campo da filosofia política<sup>74</sup>, por exemplo, com exceção das teses libertarianas<sup>75</sup>, pode-se dizer que a adoção de aspectos sociais do “liberalismo igualitário”<sup>76</sup>, do “comunitarismo”<sup>77</sup> e das “teorias do reconhecimento”<sup>78</sup> influenciaram, em maior ou menor

<sup>72</sup> BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 42, dez. 2010.

<sup>73</sup> A judicialização da vida e nos debates políticos é um fenômeno global. Nesse sentido, a partir da constitucionalização em diferentes lugares no mundo, Cf. HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009.

<sup>74</sup> Acerca do conceito de Filosofia Política e seus pressupostos históricos, Cf. STRAUSS, Leo. “O que é a filosofia política?”. Tradução de Francesca Cricelli. *Leviathan – Cadernos de Pesquisa Política*, n. 2, p. 167-193, 2011.

<sup>75</sup> Por todos, Cf. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Na doutrina brasileira, para uma visão geral do Libertarismo, Cf. FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 56-69; BRANDÃO, Rodrigo. “Entre a anarquia e o estado de bem-estar social: aplicações do Libertarianismo à filosofia constitucional”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmiento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 527-576; MORAES, Wallace dos Santos de. “Estado mínimo contra a fase histórica camaleônica do estado capitalista: um estudo da teoria neoliberal de Robert Nozick”. *Curso de ciência política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara e Vladimyr Lombardo Jorge organizadores. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 451-478.

<sup>76</sup> RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 158-165; RAWLS, John. *O direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 70-71; RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 266-275. Para um panorama sobre a correlação entre o Liberalismo Político e a ideia de Justiça Política, Cf. CRUZ JR., Ademar Seabra da. *Justiça como equidade: liberais, comunitarista e a autocrítica de John Rawls*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111-120. Para uma visão geral da teoria da justiça de John Rawls, na doutrina brasileira, ilustrativamente, Cf. DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. “Uma teoria da justiça para os dilemas da sociedade contemporânea: anotações em torno da resposta liberal de John Rawls”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmiento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 577-611.

<sup>77</sup> Por todos, Cf. WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003; SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os seus limites da justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. Para uma visão resumida acerca das divergências entre “Liberalismo e “Comunitarismo” acerca da questão da justiça, Cf. FORST, Rainer. *Contexto de justiça*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 9-14. Ainda a respeito desse debate liberal-comunitarista, Cf. LOVETT, Frank. *Uma teoria da justiça, de John Rawls*. Tradução de Vinicius Figueira. São Paulo: Penso, 2013, p. 123-127.

<sup>78</sup> No discurso das teorias do reconhecimento em geral, não é incomum a referência à isonomia e à solidariedade, valores e princípios normativos que podem influenciar, hermeneuticamente, a criação de decisões judiciais proativas. Ilustrativamente, impõe-se registrar as ideias centrais de um grande expoente das teorias do reconhecimento, Axel Honneth. Para este autor, a ideia de autorrealização é fundamental à promoção da justiça. Nesse sentido, para um adequado conceito de reconhecimento e sua correlação com a autorrealização humana, revela-se fundamental compreender os processos sociais que visam à superação de situações desrespeitosas, estigmatizantes e eventualmente humilhantes. A partir desses processos, é possível um horizonte normativo para pensar o justo. Conforme preleciona Axel Honneth, nas sociedades ocidentais contemporâneas, três dimensões, historicamente construídas, seriam centrais à autorrealização: a) o amor; b) os direitos; c) a estima social. A primeira delas, o amor, baseia-se em vínculos afetivos fortes, que são essenciais ao surgimento da autoconfiança. A segunda, os direitos, pauta-se pelo princípio de uma igualdade universal, merecida por todos os seres humanos por conta de sua condição humana, dela dependendo a experiência do autorrespeito. A terceira, a estima social, envolveria uma simetria da possibilidade de vir a ser estimado por eventuais contribuições à realização de objetivos sociais. Esta dimensão seria fundamental tanto à promoção da autoestima, como ao fortalecimento de uma solidariedade social mais ampla. Dessa forma, essas três dimensões alcançariam formas distintas de

medida, a formação de um movimento mais atuante dos juízes em prol de uma sociedade mais justa. De igual modo, as recentes teorias da justiça que valorizam “concepções substanciais de democracia”, com a exigência de forte inserção estatal na tutela de direitos sociais<sup>79</sup>.

Na realidade, acarretaram o mesmo efeito reflexões críticas acerca da “crise do Estado Constitucional contemporâneo” diante da mundialização econômica<sup>80</sup>, especialmente em um

---

reconhecimento que serviriam de base para avaliar as condições de autorrealização. Por outro lado, há basicamente três formas de desrespeito capazes de cercear a autorrealização: a) violências físicas que impedem que os indivíduos disponham livremente de seus corpos; b) denegação de direitos que evidenciam os limites da igualdade universal; c) a depreciação apriorística de indivíduos. Impõe-se perceber, todavia, que essas práticas desrespeitosas são, na visão de Axel Honneth, capazes de impulsionar lutas por reconhecimento. Cf. HONNETH, Axel. *Lutas por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>79</sup> Por todos, Cf. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 384-389.

<sup>80</sup> A sociedade contemporânea pós-moderna ou pós-industrial é uma sociedade complexa, pluralista e fragmentada, marcada pela revolução da técnica, pela mundialização da economia e pela massificação dos meios de comunicação. Vive-se, atualmente, em uma *sociedade de risco*, onde catástrofes globais (mudança climática, crises financeiras, exclusão social e terrorismo) têm suas causas e consequências incalculáveis não limitadas apenas a um espaço geográfico. Há uma séria desconfiança de que as mudanças climáticas, relacionadas ao aquecimento do planeta, por obra do estilo de vida imposto pelo sistema capitalista, e o risco de uma guerra nuclear são fatores reais que podem inviabilizar a permanência da humanidade na Terra. Conforme preleciona Francisco Amaral, “pós-modernidade” é um conceito extremamente vago e ambíguo, utilizado frequentemente para rotular a sociedade contemporânea, mas exprime ideias diversas que têm, como denominador comum, uma postura crítica e de desconstrução da modernidade estética e científica da primeira metade do século passado, em uma tentativa de encontrar uma nova forma de ser do seu tempo. Em decorrência da pós-modernidade, estão em crise os modelos mentais de compreensão da realidade da era industrial. Mudam-se as circunstâncias da realidade, mudam-se os modelos de sua compreensão. Conforme lição de Maria Celina Bodin de Moraes, a pós-modernidade caracteriza-se como uma era de incertezas e instabilidades, pois são constatados os seguintes fatos: a) a impossibilidade de dominação das consequências da tecnologia em suas mais amplas dimensões espaço-temporais; b) a monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, uma espécie de biblioteca universal; c) a acumulação de aprofundados conhecimentos *sobre* o mundo não aumentou a sabedoria do mundo e da pessoa em relação a si própria, aos demais e à natureza, de forma que as técnicas não têm por escopo prioritário a descoberta da verdade científica, mas o alargamento do poder de dominação. Na verdade, a violência, por força das incertezas decorrentes do avanço tecnológico, ampliou o seu potencial na pós-modernidade. Em outros termos, a lógica da competição exacerbada, o deslumbramento diante da novidade tecnológica e a ausência de valores éticos ou marcos regulatórios que definam limites e rumos podem ameaçar a sobrevivência da própria humanidade. Na lição de Gilberto Dupas, “a tecnologia pode e deve se submeter a uma ética que seja libertadora a fim de contemplar o bem-estar de toda a sociedade, presente e futura, e não apenas colocar-se a serviço de minorias ou atender necessidades imediatas”. Política e socialmente, o avanço da informática e das telecomunicações encurtou distâncias, ampliou mercados, homogeneizou costumes e diluiu a importância das fronteiras nacionais. Na pós-modernidade, embora ainda existam movimentos de resistência para se restaurarem a coesão e a tradição, como o nacionalismo na Europa Oriental e o crescimento do fundamentalismo, as identidades se fragmentam, as nacionalidades deixam de ser um referencial importante, em decorrência da ampliação espacial do poder, mas, paradoxalmente, fortalecem-se os vínculos de solidariedade entre os que pertencem a comunidades específicas de natureza étnica, sexual, religiosa ou cultural. É grande o volume de informações, mas, também de maneira paradoxal, a sociedade está condenada à superficialidade, inclusive pelo fato de que a estética vem em substituição à ética, e a aparência torna-se mais importante que o conteúdo. A globalização, caracterizada por um intenso processo de internacionalização das relações econômicas, sociais, científicas e culturais, e a ideologia neoliberal explicam a crise do modelo do Estado contemporâneo. São sujeitos dela, além dos indivíduos, os Estados, os Organismos Internacionais e as empresas multinacionais. Estas ganham papel de destaque nesse cenário, já que a globalização impõe a relativização da soberania estatal em favor do fortalecimento e concentração de poder político e econômico naquelas, bem como em conglomerados empresariais. Ao reverso do que se verifica com instituições multilaterais, a exemplo do Banco Mundial, FMI e GATT, que têm poder de influência sobre agentes financeiros internacionais, há um enfraquecimento dos Estados nacionais, que, devido à interdependência mundial de diversos processos, já não

---

podem mais controlar dinâmicas que extrapolam seus limites territoriais, o que, sob o prisma fático, acarreta uma redução do seu poder decisório. Agora, ao elaborar sua legislação, “os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas”. Não há mais exclusividade dos Estados nacionais quanto ao processo de formação das normas gerais da ordem jurídica, nem mesmo de uma única autoridade mundial, “mas do efeito irradiador de diferentes decisões tomadas em distintos níveis e espaços, em diferentes sistemas e subsistemas funcionalmente diferenciados”. Pela dinâmica da globalização econômica, a Constituição é atacada como paradigma regulamentador, de forma que o Estado já não tem mais capacidade de incrementar a qualidade de vida dentro dos seus limites, bem como de assistir e proteger os mais vulneráveis dentro de suas fronteiras. Contraditoriamente, se, por um lado, a economia se expande, e o capital se concentra, criando um único espaço econômico e social, por outro lado, a política se reduz e se subordina à lógica do capital, de modo que a cidadania perde poder de decisão, a democracia se enfraquece, e se faz presente a crise de legitimidade. O que se observa é que a globalização, com a reestruturação do mercado internacional, provocou uma alteração na ordem interna dos países, impondo ao Estado uma visão macroeconômica da sociedade. Em outras palavras, com a globalização, revela-se cada vez mais crescente o domínio das empresas multinacionais, do sistema financeiro e do mercado de capitais sobre o poder político dos Estados, que, a partir dessa nova forma de expansão capitalista, passa a promover prioritariamente a racionalidade econômica de seu sistema. Na prática, o modelo dominante de globalização econômica, inspirado na agenda do chamado “Consenso de Washington” de 1988, passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e a estabilização das denominadas “economias emergentes”. O neoliberalismo, a redução das despesas públicas, a privatização das atividades estatais, a flexibilização das relações trabalhistas, a disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior constituem a plataforma desse processo de expansão econômica, inclusive com efeitos relacionados à internacionalização da produção e à criação de mercados mundiais integrados. Trata-se de um capitalismo de última geração, que acarreta, segundo Paulo Bonavides, silenciosamente, um “golpe de Estado institucional”. No particular, explica esse notável constitucionalista: “O golpe de Estado institucional, ao contrário do golpe de Estado governamental, não remove governos, mas regimes; não entende com pessoas, mas com valores; não busca direitos, mas privilégios; não invade Poderes, mas os domina por cooptação de seus titulares; tudo obra em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo de medidas provisórias, privatizações, variações de política cambial, arrocho de salários, opressão tributária, favorecimento escandaloso da casta de banqueiros, desemprego, domínio da mídia, desmoralização social da classe média, minada desde as bases, submissão passiva a organismos internacionais, desmantelamento de sindicatos, perseguição de servidores públicos, recessão – seguindo, assim, à risca receita prescrita pelo Neoliberalismo globalizador, até a perda total da identidade nacional e a redução do país ao *status* de colônia, numa marcha sem retorno”. Trata-se, pois, de fenômeno que exige análise cuidadosa, para não se incorrer, inconscientemente, em processo de dominação, uma vez que, como bem percebeu Antônio José Avelãs Nunes, “a globalização é também um fenômeno de natureza *cultural* e *ideológica*, marcadamente imperialista na sua tentativa de submeter o mundo à ditadura do *pensamento único*”. Nesse sentido, Cf. AMARAL, Francisco. “O Direito Civil na pós-modernidade”. *Direito Civil: atualidades*. Coordenação de César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 61-63; BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 363; FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum 2011, p. 25-26; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 35-38; DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 3. ed. São Paulo: UNESP, 2011, p. 18; HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 92-93; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 38-40; VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 105; FARIA, José Eduardo. “Introdução: o judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. José Eduardo Faria organizador. 1. ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 11; FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 77; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 94-95 e 107; MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 87-88; DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 36-37; BONAVIDES, Paulo. “Os direitos fundamentais e a globalização”. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Organizador George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 174-175; NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99.

quadro visível de falência nas prestações sociais<sup>81</sup>, e isso sem falar na “crise da Ciência”<sup>82</sup>, a qual também envolve a passagem da modernidade para a pós-modernidade, que, com seus

---

<sup>81</sup> Exige-se do Estado Contemporâneo, e isso é próprio da pós-modernidade, a observância de princípios conflitantes, o da legalidade (segurança jurídica) e o da eficiência em políticas públicas nas áreas social e econômica, em nome da estabilização monetária, do equilíbrio das finanças públicas, da retomada do crescimento e da abertura comercial e financeira. Percebe-se, por outro lado, que há um processo de desmonte dos direitos sociais, como se os direitos humanos não fossem indivisíveis. Não obstante as incertezas da pós-modernidade, a busca pelo poder e o desenvolvimento tecnológico alcançou um nível que possibilita, concretamente, a autodestruição da espécie humana e do planeta, fato que resultou no sentimento de solidariedade e respeito à dignidade das pessoas. A premissa, nesse contexto, é a de que os direitos humanos devem ser compreendidos unitariamente, já que a indivisibilidade é a nota característica de uma sociedade marcadamente complexa e pluralista. Mas, o fato é que, por influência da ideologia neoliberal, esse caráter (indivisível) tem sido mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de “flexibilização” quanto ao acesso a determinados bens básicos, que integram o conteúdo dos direitos humanos fundamentais. Em outras palavras, essa noção de indivisibilidade dos direitos humanos resta comprometida, pelo forte padrão de exclusão socioeconômica, já que, na prática, a garantia de direitos sociais básicos, como o direito à saúde, ao trabalho digno, à moradia, à previdência social e à educação, que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional. Esse movimento neoliberal globalizado, certamente, não pode ser visto sem a devida reflexão, sem uma postura emancipatória por parte do intérprete, pois já se percebe um agravamento maior das desigualdades sociais, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social. E o dilema é exatamente este: quanto mais se necessita de políticas públicas, ante a miséria que se avoluma, mais o Estado, o agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, encolhe-se. Por outro ângulo, à medida que o Estado perde a sua capacidade decisória, já que a coordenação econômica e a formulação de novas estratégias de regulação são definidas e ordenadas no âmbito das entidades internacionais e de organismos multilaterais, maior é a sua responsabilidade de lidar com as consequências da crise, mas, paradoxalmente, menor é a sua aptidão, em virtude da carência de meios políticos, ferramentas tributárias e recursos orçamentários suficientes, para atendê-las. Nesse sentido, Cf. FARIA, José Eduardo. “Introdução: o judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. José Eduardo de Faria organizador. 1. ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 9; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 38; PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional”. *Direito Previdenciário e Constituição: estudos em homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia coordenadores. São Paulo: LTr, 2004, p. 22; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 84; FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

<sup>82</sup> No paradigma da modernidade, inspirado no Iluminismo e nas concepções das ciências naturais (exatas e biológicas), propunha-se a resposta a todos os problemas sociais com fundamento exclusivo na atividade racional e neutra, uma vez que somente o saber científico poderia ser considerado conhecimento, e, unicamente por meio dele, seria possível descobrir a verdade. O conhecimento, assim, para ser válido, deveria ser científico e neutro, imune, pois, às influências axiológicas e ideológicas. Acontece que, com a descoberta dos limites científicos, inicia-se a superação do paradigma da modernidade. Em outras palavras, a ciência, no seio do seu desenvolvimento e aprofundamento, verifica que não produz verdades absolutas ou certezas dogmatizadas, uma vez que “resultados seguros” de uma investigação são facilmente substituídos por apenas uma eventualidade, uma possibilidade, um ponto de vista. Na medicina, por exemplo, novos fármacos e novas técnicas de reprodução assistida são descobertos, há uma progressiva evolução nos transplantes, controle da hereditariedade e engenharia genética, enfim, fatos que demonstram uma mudança científica, demonstram que a sociedade atual é dominada pelo conhecimento científico e pela riqueza de informações. No particular, observa-se que uma das maiores preocupações filosóficas da atualidade, ao lado da revolução da informática e da teorização do multiculturalismo, são as questões relacionadas à bioética, que estuda a moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, pois nem tudo aquilo que científica e tecnicamente é possível fazer se pode afirmar eticamente irrepreensível. Com as ciências exatas, não foi diferente, em virtude do advento da Relatividade e da física quântica, estremecendo o projeto de segurança absoluta da modernidade. No contexto pós-moderno, deve-se perceber que os problemas não são solucionados a partir apenas do racionalismo, do determinismo e do cientificismo. Pelo contrário, a ciência não consegue explicar todos os fenômenos, inclusive os relacionados ao ser humano e às suas complexas relações com o universo, o que exige a sua reaproximação com a filosofia. Assim, o conhecimento, inclusive jurídico, no paradigma pós-moderno, revela-se multidisciplinar e social, o que

dilemas e paradoxos<sup>83</sup>, também acarretou mudanças paradigmáticas acerca do Direito<sup>84</sup>, com significativas implicações no procedimento adotado pelos juízes em suas decisões.

Com efeito, diversos estudos depositaram no juiz a tarefa de concretizar adequadamente o texto constitucional, a exemplo do movimento de “direito alternativo”<sup>85</sup>, da crítica sobre o caráter ideológico do Direito<sup>86</sup> e da “teoria crítica dos direitos humanos”<sup>87</sup>.

---

reflete na atividade hermenêutica. Com a pós-modernidade, quanto à esfera jurídica, percebe-se o esgotamento do modelo tradicional, que confunde o Direito com a legalidade estatal. A razão, na realidade, é vista como instrumento de repressão. Percebe-se, pois, que o Estado, em seu modelo centralizador e burocrático, não consegue mais produzir normas capazes de corresponder aos anseios da sociedade, a exemplo do que ocorre atualmente em relação aos direitos sociais. O paradigma normativo é aberto, plástico, fundado em princípios e operacionalizado mediante debates argumentativos, sem a segurança exigida nos tempos das codificações. De uma concepção estritamente individual, constata-se o aparecimento dos direitos metaindividuais. O acesso a uma ordem jurídica justa, inclusive com reflexos sobre o princípio da igualdade real, passa a ser consagrado como direito fundamental. Por fim, percebe-se que há um déficit de efetividade, pois o processo formal e preocupado com o cientificismo do paradigma da modernidade não conduzia à tutela jurisdicional plena, apenas a promessas não cumpridas. Cláudia Lima Marques resume bem o cenário atual: “Se a realidade denominada pós-moderna é a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópicidade, do ceticismo quanto às ciências, quanto ao positivismo; época do caos, da multiplicidade de culturas e formas, do direito à diferença, da “euforia do individualismo e do mercado”, da globalização da volta ao tribal, é também a realidade da substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neoconservadorismo. Realidade de acumulação de bens não materiais, de desemprego massivo, de ceticismo sobre o geral, de um individualismo necessário, da coexistência de muitas metanarrativas simultâneas e contraditórias. Realidade de perda dos valores modernos, insculpidos pela revolução burguesa e substituídos por uma ética meramente discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta”. No sentido do texto, Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 35 e 37; AMARAL, Francisco. “O Direito Civil na pós-modernidade”. *Direito Civil: atualidades*. Coordenação de César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 73; FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 67-83; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 141; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2011, p. 168.

<sup>83</sup> Conforme preleciona Eduardo C. B. Bittar, historicamente, muitas vezes a tecnologia e a violência uniram-se perigosamente, ampliando ainda mais a ação humana voltada para a dominação e para usos políticos bem determinados. Deve-se repensar, portanto, a correlação entre o desenvolvimento tecnológico e o mecanismo de guerra, entre a pesquisa científica e a corrida pelo domínio de potenciais destrutivos. Multiplicam-se as formas de terror, ampliam-se os efeitos das ações lesivas, pois se tornam mais impactantes os métodos de destruição em massa, e se acentua a proporção das tragédias, na exata medida que maiores são os prejuízos materiais. Assim, a eliminação da humanidade deixou de ser ficção e tornou-se algo concreto e presente, fantasma que está sempre rondando o gabinete dos chefes de Estado das nações detentoras dessa tecnologia avançada. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 336-343.

<sup>84</sup> Acerca das características do Direito na pós-modernidade, Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 559-577.

<sup>85</sup> Acerca das ideias que inspiraram o movimento de Direito Alternativo, Cf. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; SOUTO, Cláudio. *Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

<sup>86</sup> Sobre a correlação entre Ideologia e Direito, ilustrativamente, por todos, Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma teoria crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>87</sup> Sobre o tema, Cf. RUBIO, David Sanchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução de Ivone Fernandes Morcilho Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos: os direitos humanos como produtos*

Ademais, sem esquecer a paradigmática metáfora kelseniana da moldura normativa<sup>88</sup>, que valoriza a discricionariedade judicial no momento da decisão<sup>89</sup>, é certo dizer que o chamado “neoconstitucionalismo”, inspirado, em um ambiente de pluralismo valorativo<sup>90</sup>, pela linguagem aberta e flexível do texto constitucional<sup>91</sup> e dos tratados de direitos humanos<sup>92</sup>, revelou-se decisivo para a formação desse comportamento proativo dos juízes<sup>93</sup>, especialmente pela tese da “hegemonia normativa dos princípios”, com especial destaque para o “direito ao mínimo existencial” e a máxima da tutela da intangibilidade da “dignidade da pessoa humana”<sup>94</sup>. É certo também, nessa “era de desordem”<sup>95</sup>, que a utilização de cláusulas

---

*culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

<sup>88</sup> Como Kelsen defende que existem várias possibilidades decisórias dentro da moldura normativa, é natural que, epistemologicamente, ele rejeite a “teoria da única resposta correta para o caso”. Esta empreitada, segundo Kelsen, não pertence à Ciência do Direito, mas sim à política do Direito. Para uma visão completa de sua teoria da decisão, Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387-397. Arnaldo Vasconcelos explica que, por incompatibilidade com a pureza metódica da Teoria Pura do Direito, Kelsen não se interessou pelo “mundo fenomênico, a vida das relações entre homens socialmente desiguais, com divergências em suas possibilidades e aspirações”. Nesse sentido, “entre a realidade fática e a teoria, sacrificou-se, pois, sem a mínima contemplação, toda a realidade”. Cf. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 218.

<sup>89</sup> Há discricionariedade judicial, pois, dentro da moldura normativa, acomodam-se vários significados. Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 2. ed. 2ª tir. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 61. Em abordagem meticulosa sobre o processo decisório kelseniano, explica Leonardo Wandelli: “Em síntese, a teoria kelseniana da interpretação é formalista, à medida que, de um lado, concebe um modelo cognitivo exclusivamente a partir de operações lógico-sintáticas de normas abstratas e, de outro, relega para um segundo plano, irracional e alheio ao direito positivo, a dimensão material pela qual o intérprete exerce seu arbítrio ‘preenchendo a moldura’. A validade da norma individual em que consiste a decisão da autoridade competente, assim, somente diz respeito ao procedimento formal de tomada da decisão, sendo inviável qualquer vinculação da validade do conteúdo decisório”. Nessa perspectiva, continua Leonardo Wandelli, “a metáfora da moldura separa diaconicamente a unidade compreensiva entre interpretação e aplicação. A interpretação cognitiva seria capaz de estabelecer, *in abstracto* e de maneira desconectada da historicidade do intérprete e do contexto complexo, singular e irrepitível de cada situação concreta, o conjunto dos sentidos possíveis das normas formalmente concebidas, para insuspeitadas situações de fato. Ou seja, a concretude da situação de aplicação seria inerte em relação à atividade cognitiva da interpretação em abstrato. A moldura fica pronta antes do quadro, como um algo dado que está ali, ensimesmado, pronto para uso. A aplicação, por outro lado, seria o preenchimento do quadro, discricionariamente, nos limites da moldura”. Cf. WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 142.

<sup>90</sup> O pluralismo caracteriza as democracias contemporâneas. Nesse sentido, Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional*. 4. ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 1 e 144.

<sup>91</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, p. 11-13.

<sup>92</sup> Para uma correção entre a textura extremamente aberta da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o aumento do poder de criação judicial, com ausência de garantias de tutela isonômica de direitos, Cf. AZZARITI, Gaetano. “Verso un governo dei giudice? Il ruolo dei giudice comunitari nella costruzione dell’Europa politica”. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, p. 3-28, 2009.

<sup>93</sup> Acredita-se que até mesmo a Doutrina Social da Igreja Católica tenha influência, direta ou indireta, sobre a convicção de determinados juízes, quando decidem acerca de casos envolvendo políticas públicas de direitos sociais.

<sup>94</sup> Sobre os riscos de decisionismos arbitrários a partir da concretização do direito ao mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade da pessoa humana, abertura material do catálogo de direitos fundamentais na constituição federal de 1988 e os riscos de um *pamprincípioalismo* – levando a sério as advertências de Lenio Streck”. *Hermenêutica, constituição e decisão judicial*. Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Alexandre Morais da Rosa, André Karam

gerais<sup>96</sup> e outros *standards* normativos de textura aberta, para a solução de *hard cases*, possibilitaram uma expansão da criatividade judicial do Direito<sup>97</sup>.

No que se refere às questões de saúde, alguns julgados indicam que, em âmbito geral, os juízes entendem que, embora essa prerrogativa de formular e executar essa tarefa recaia sobre os poderes políticos governamentais, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais<sup>98</sup>, admite-se determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, que sejam estas concretizadas sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua inércia, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional<sup>99</sup>. Imagina-se que os juízes, ordinariamente, acreditam que essa atuação encontre guarida no sistema jurídico, mas já é hora de começar a avaliar se as decisões desses casos realmente envolvem todos os aspectos da temática ou apenas parte deles.

Observa-se que, embora bem intencionado e muitas vezes embasado em alguma das teorias mencionadas acima, o controle judicial de políticas públicas e de questões relacionadas a bens e serviços de saúde pública muitas vezes recai em ativismo judicial antidemocrático. O intento, portanto, é democrático, mas a prática atenta contra um dos pilares do sistema

---

Trindade, Clarissa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 236.

<sup>95</sup> As concepções formais do Direito, do século XX, que concebem o Direito como um sistema de coerência lógica apriorística, criaram a chamada “era de ordem”. Todavia, na contemporaneidade, tendo em vista que o sistema jurídico é cada vez mais aberto e permeável à incorporação de critérios que provêm de outras áreas de conhecimento (moral, economia, técnica sociologia etc.), vive-se sobre a “era de desordem”. Nesse sentido, Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2010, p. 359.

<sup>96</sup> No sentido de que as cláusulas gerais são justificadas pela complexidade das sociedades contemporâneas, que exigem um sistema jurídico aberto e flexível, Cf. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 221.

<sup>97</sup> Na tradição do *Common Law*, demonstrando que a indeterminabilidade do Direito em relação aos julgamentos dos chamados *hard cases* possibilita, nas democracias modernas, o exercício de uma certa função legislativa dos juízes e, com efeito, da criatividade judicial, Cf. HART, Herbert. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 161-176 e 351-356. Sobre a discricionariedade judicial na tese de Hart, por conta da textura aberta do Direito, Cf. MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 171-177. Na doutrina brasileira, por todos, Cf. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 104.

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A função representativa e majoritária das cortes constitucionais”. *Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Alexandre de Moraes da Rosa, André Karam Trindade, Clarissa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 173.

<sup>99</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, p. 454.

democrático, que é o equilíbrio entre as funções estatais<sup>100</sup>. Não se pode imaginar, assim, que todos os problemas sociais sejam resolvidos pela atuação judicial, pois, como corretamente entende Antoine Garapon<sup>101</sup>, “à justiça não cabe resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência ou de história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem-estar das pessoas”, pois esse papel cabe, prioritariamente, às funções legislativa e administrativa do Estado<sup>102</sup>.

O que se tem visto é que a judicialização<sup>103</sup> da política e das próprias questões cotidianas da vida, a exemplo da lesão a direitos de personalidade, tem sido um fenômeno de repercussão mundial, e a doutrina, ao tempo em que tem apontado suas causas, já vem estabelecendo severas críticas a esse modelo de resolução de problemas sociais<sup>104</sup>. Se, no caso do Brasil, a partir da consolidação da democracia<sup>105</sup>, as causas demonstram um novo desenho institucional reservado à jurisdição contemporânea<sup>106</sup>, as críticas podem ser resumidas na

<sup>100</sup> No sentido de que o ativismo judicial interferiu na reconfiguração da democracia contemporânea, Cf. SILVA, Edvaldo Fernandes da. “Excesso de jurisdição ou escassez de política? Apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 210, jan./jun. 2013.

<sup>101</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza da Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 265.

<sup>102</sup> É interessante observar, todavia, que há quem defenda que, no limiar do século XXI, está emergindo uma nova separação de poderes, decorrente do surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciais ou executivas, levando a um conjunto diferente de desafios normativos. Cf. ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23 jan./abr. 2014.

<sup>103</sup> “Judicialização” é um termo que tem sido empregado para significar que algumas questões políticas e sociais estão sendo decididas no âmbito do Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Parlamento e o Poder Executivo. Trata-se de uma tendência mundial, que, no Brasil, tem como causas preponderantes a “redemocratização”, que teve como ponto culminante a promulgação da atual Constituição, a “constitucionalização abrangente”, tornando constitucionais matérias que antes eram submetidas ao princípio da legalidade ou ao processo político majoritário, e o “sistema misto de controle de constitucionalidade”. Nesse sentido, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332-333.

<sup>104</sup> A doutrina, por exemplo, tem percebido que o ativismo judicial tem sido marcante em relação às decisões do STF, as quais estão cada vez mais presentes na mídia, em virtude da relevância dos temas nelas versados. Oscar Vilhena Vieira, para demonstrar a expansão de autoridade do STF, chega a falar em “supremocracia” e aponta as causas da sua construção institucional: (I) a ambição constitucional, ao tratar de todos os temas, gerando uma explosão da litigiosidade em torno da Carta Magna; (II) as competências superlativas do STF, que, na função de guardião constitucional, teve ampliado um elenco de demandas apreciadas em única instância, bem como a possibilidade de atuar como instância recursal. A instituição da repercussão geral no recurso extraordinário e da Súmula Vinculante, apesar de diminuírem a quantidade de processos apreciados pelo STF, concentra ainda mais os poderes desta Corte Suprema nas questões essenciais da sociedade. VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 446-450.

<sup>105</sup> BRANDÃO, Rodrigo. “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 263, p. 214, mai./ago. 2013.

<sup>106</sup> Resume, neste ponto, Celso Fernandes Campilongo: “A magistratura ocupa uma posição singular nessa nova engenharia institucional. Além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao

exigência democrática de vedação de ativismo judicial, aqui entendido, de forma restritiva, como um comportamento ou uma atuação judicial que invade os espaços de competência constitucional das funções legislativa e de governo, que, neste caso, abrange o planejamento administrativo e a execução das políticas públicas previamente autorizadas pelo Legislativo.

Precisa-se ter o cuidado, todavia, para não se confundir determinados conceitos. É que “judicialização” e “ativismo judicial” são conceitos que, tecnicamente, não se confundem, pois, enquanto naquele a decisão decorre do sistema jurídico, neste, por apostar no protagonismo judicial e na discricionariedade<sup>107</sup>, adota-se uma metodologia decisória que não se constringe diante das fontes do Direito<sup>108</sup>. O ativismo, normalmente associado ao desrespeito à separação de poderes<sup>109</sup>, é o resultado de um desejo ou ato de vontade do órgão julgante de modificar, solipsisticamente, a realidade social circundante<sup>110</sup>, e, nessa perspectiva, a expressão “ativismo judicial”, compreendida restritivamente, representa um rótulo negativo, pois — diferentemente da expressão “autocontenção judicial” (*judicial restraint*), que rende deferência ao legislador democrático — encontra-se ligada à ideia de que o Poder Judiciário, para cumprir a Constituição, pode invadir a competência institucional reservada aos demais poderes estatais<sup>111</sup>.

Observe-se que, não obstante o necessário equilíbrio das funções estatais, a “judicialização” é inerente ao exercício da jurisdição constitucional, que, a despeito das naturais tensões institucionais decorrentes do Estado Democrático de Direito<sup>112</sup>, transforma-se

---

magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça”. Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria organizador. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49.

<sup>107</sup> TRINDADE, André Karan; MORAIS, Fausto Santos de. “Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 159-160, 2011.

<sup>108</sup> Nesse sentido, no ativismo judicial, há “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

<sup>109</sup> Na mídia, observa-se que há uma divergência de concepção entre o Brasil e os EUA. Neste país, há ênfase no ativismo como uma relação desviante entre o juiz e a lei (Constituição, precedentes etc.), ou seja, trata-se de uma questão de (des)obediência ao Direito, ao passo que, na análise da imprensa brasileira, verifica-se que a questão do “ativismo judicial” está mais diretamente relacionada à separação de poderes. Nesse sentido, Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Fabiano Molhano. “Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira”. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, jan./jun. 2012.

<sup>110</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 147.

<sup>111</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 445-448.

<sup>112</sup> Revela-se oportuno perceber, com base na lição de Gustavo Binbenbajm, que o Estado Democrático de Direito é a síntese histórica de duas ideias originariamente antagônicas: a “democracia”, fundada na soberania popular, e o “constitucionalismo”, ligado à limitação de poder. A democracia constitucional, proclamada atualmente como o regime político ideal, “vive sob o influxo de uma tensão latente entre a vontade majoritária e a vontade superior expressa na Constituição”. A jurisdição constitucional, desse modo, é uma instância de “poder contramajoritário”, pois, fundada na ideia da supremacia da Constituição, limita o espaço decisório dos agentes

na garantia da eficácia dos direitos fundamentais sociais<sup>113</sup> e da própria democracia<sup>114</sup>. É que constitucionalizar significa, em princípio, permitir a judicialização, pois as “escolhas políticas” passam a fazer parte dos domínios do Direito, mediante critérios de validade e adequação<sup>115</sup>. Sendo assim, a “judicialização” faz parte da democracia constitucional<sup>116</sup>, ao passo que, no “comportamento ativista” (ativismo judicial), essas tensões chegam a um limite que coloca em xeque o próprio Estado Democrático de Direito<sup>117</sup>, inclusive, atualmente, já existem propostas para diminuir, por exemplo, o poder decisório do STF<sup>118</sup>, que sabidamente tem a competência formal de falar por último acerca da interpretação constitucional.

---

políticos eleitos pelo povo, quando a decisão política contrariar princípios e direitos considerados como “inalienáveis” pelo poder constituinte originário, os quais são tidos como condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático. A função da jurisdição constitucional, pois, “é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos”, quando ofensivos à Constituição, sendo que essa “intervenção se dá *a favor*, e não contra a democracia”. Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 278.

<sup>113</sup> ABBAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 37. No mesmo sentido, Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil”. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 261, mai./ago. 2003. Observe-se que, com o reconhecimento da densidade normativa dos direitos sociais, o dogma da separação dos poderes sofreu uma reestruturação completa, tendo como base o cumprimento dos princípios e regras constitucionais. Assim, nas palavras de Walber de Moura Agra, “não há mais função típica ou atípica, mas uma atuação para estabelecer os freios e contrapesos, no sentido de que os mandamentos constitucionais possam ser cumpridos”. Cf. AGRA, Walber de Moura. “Direitos sociais”. *Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 535.

<sup>114</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia)”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 77. Observe-se que as democracias constitucionais da atualidade convivem permanentemente com a tensão constitutiva entre os poderes do Estado, institucionalmente estabelecidos, e entre estes e a esfera pública de forma ampla e geral, sem que possam ser desconsiderados os sistemas internacionais e comunitários de proteção a direitos humanos; e, para além destes, o próprio “transconstitucionalismo”, cujas questões jurídicas perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Nesse sentido, Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>115</sup> DALH, Robert. A. “Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais”. Tradução Grupo Primacy Translations. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 252, p. 42, set./dez. 2009.

<sup>116</sup> Observe-se que a “democracia constitucional” ou o “constitucionalismo democrático” é o modelo contemporâneo de Estado Democrático de Direito. É formado por duas ideias com trajetórias diferentes, o “constitucionalismo” e a “democracia”. O constitucionalismo caracteriza-se pelo “poder limitado” e pelos “direitos fundamentais”, ideologia dominante no século XX. Já a democracia caracteriza-se pela “soberania popular” e pelo “governo da maioria”. Nesse sentido, Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67-68.

<sup>117</sup> Conforme a doutrina, a postura ativista, normalmente, manifesta-se nas seguintes condutas: a) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”; b) “a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”; c) “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. Nesse sentido, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335.

<sup>118</sup> Embora se tenha entendido que o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Poder Judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das Constituições rígidas, dotadas de sistema de

Dessa forma, apesar de a jurisdição constitucional ter a missão de concretizar a Constituição<sup>119</sup>, deve-se vedar, a priori, comportamento judicial que é delineado por “critérios de política”, e não por critérios preponderantemente jurídicos, por respeito à autonomia e à força normativa do Direito<sup>120</sup>. O “populismo judicial”, nessa perspectiva, é ruim, pois subordina o processo decisório exclusivamente ao “sentimento social”, e o Poder Judiciário pode até ser permeável aos anseios sociais de momento, mas deve garantir a autonomia e a previsibilidade relativa do Direito. Sendo assim, somente quem tem voto pode decidir, em uma democracia, com base no critério do “sentimento social”.

Desrespeitar essa premissa, em uma espécie de “ativismo judicial político”, significa incorrer em “ato antidemocrático”, ou seja, decidir nos espaços reservados ao legislador e ao administrador é um comportamento inconstitucional, autoritário e pernicioso para o desenvolvimento da própria democracia, pois é um comportamento que vai além da tutela de direitos fundamentais<sup>121</sup>. Uma atuação judicial democrática, desse modo, é conduzida por critérios jurídicos. É inegável que a separação de “argumentos de política” e “argumentos de princípios jurídicos” não é tarefa fácil, mas é certo que só a mera preocupação em fazê-la já induz comportamento que, ao final, respeita os espaços da Política e da representação popular.

Sendo assim, além de ofuscar o papel da Política, o excesso de jurisdição, ou seja, uma atuação sem limites e sem qualquer padrão prévio de objetividade, mesmo que seja no campo das políticas públicas de saúde, pode contribuir para um ambiente antidemocrático<sup>122</sup>, em que

---

controle de constitucionalidade, já se vislumbram reações do Congresso Nacional em relação a essa atuação do STF, a exemplo da Proposta de Emenda Constitucional nº 33 (PEC 33/2011), que, na prática, diminui o poder do STF na interpretação constitucional. Em síntese, se aprovada, a PEC nº 33 modificaria o texto constitucional, para preconizar o seguinte: (I) exigência de 4/5 dos membros do tribunal para que uma lei seja considerada inconstitucional ou declarada a inconstitucionalidade de ato do poder público; (II) em ações que questionam a legalidade de emendas à Constituição Federal, a decisão do Supremo não será mais definitiva. Depois do julgamento pelo STF, o Congresso, por 3/5 de seus membros, terá de dizer se concorda ou não com a decisão. Se discordar, o assunto será submetido a plebiscito (consulta popular); (III) fica transferida do STF para o Congresso Nacional a competência para a aprovação em definitivo de Súmulas Vinculantes. Sobre o tema, Cf. BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. “Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33/2011”. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 787-803, set./dez. 2013.

<sup>119</sup> A Constituição, estabelecida pela nação, é um corpo normativo que, no Estado Democrático de Direito, tem duas funções importantes, quais sejam, o “estabelecimento das regras do jogo democrático”, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder, e, como a democracia não se resume ao princípio majoritário, “proteger valores e direitos fundamentais”, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Nesse sentido, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 339-340.

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6, 113 e 135.

<sup>121</sup> LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisprudencial*. São Paulo: LTr, 2014, p. 23 e 25.

<sup>122</sup> LEAL, Rogério Gesta. “As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira”. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências*

decisões sem critérios serão apenas a representação da vontade subjetiva dos juízes. Se essa afirmação é correta, precisa-se esclarecer, por outro lado, que a atuação proativa da jurisdição, além de solucionar o caso concreto, estimula a invenção de uma nova cultura política, sendo um efeito colateral de índole coletiva.

A questão central, portanto, é estabelecer os limites dessa atuação, exatamente para não prejudicar a continuidade de serviços essenciais à população, a pretexto de se concretizarem direitos sociais. É necessário, desse modo, encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, apesar de comprometido com a efetividade da Constituição, não pode ultrapassar certos limites, para não colocar em risco os próprios postulados do Estado Democrático de Direito<sup>123</sup>. É justamente a delimitação desses limites, a partir do que foi exposto e será aprofundado ao longo deste estudo, um dos objetos centrais da tese.

Um aspecto relevante, para que não haja um ativismo judicial antidemocrático, é que o Poder Judiciário seja visto como uma figura paterna ou um superego de uma sociedade órfã<sup>124</sup>, eliminando, principalmente na definição de políticas públicas, o espaço da política e da ampliação da participação popular nas decisões relevantes para a sociedade. Nesse sentido, diante de um certo déficit político, o exercício da jurisdição nesta matéria deve ser restrita a “casos excepcionais”, em situações objetivas de urgência, reservando sua atuação, fora dessas hipóteses, para um modelo procedimental que, simbolicamente, permite a construção de uma democracia participativa e inclusiva voltada para a formulação de políticas públicas. A ideia, como se verá ao longo desta tese, é que o fortalecimento da democracia participativa também ocorra por intermédio da jurisdição.

Observe-se, nessa perspectiva, que a divisão das funções estatais teve o objetivo de evitar a concentração do poder de um governo em determinada instituição, evitando abusos<sup>125</sup>. Desde o início dos primeiros estudos acerca da Constituição norte-americana, já se tinha a ideia de que os três poderes estatais deveriam ser interdependentes, mas com a menor ingerência possível de um na esfera do outro, e a sua fonte de autoridade, inclusive na

---

*latino-americanas e europeias*. Rogério Gesta Leal e Mônia Clarissa Hennig Leal organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15.

<sup>123</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, v. 54, p. 36, jan./mar. 2006.

<sup>124</sup> Por todos, Cf. MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos estudos*, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

<sup>125</sup> BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 58.

nomeação de seus representantes, era o povo<sup>126</sup>. Se, na época, concebia-se o Poder Judiciário como o mais fraco dos poderes<sup>127</sup>, por ser destituído de força e sua atividade ser limitada a um julgamento de conflitos individuais, a situação inverteu-se atualmente, em especial pelos avanços da teoria do controle de constitucionalidade em questões envolvendo direitos fundamentais, quando se revela necessária a fixação dos limites de sua legitimidade e ingerência sobre o campo de atuação dos outros poderes, a exemplo da criação de políticas públicas de saúde ainda não disciplinadas por lei.

É que a noção de Estado Democrático de Direito, diante da tensão entre constitucionalismo e democracia, passa pelo equilíbrio entre as funções estatais. A democracia tem como base a inserção do povo no procedimento deliberativo acerca das decisões, procedimento esse que é disciplinado e limitado pelo constitucionalismo, que também estabelece determinações, a exemplo de critérios substanciais de representatividade. Não é raro, nesse universo, haver choque entre a jurisdição constitucional e os poderes politicamente majoritários. É que se reservam à jurisdição constitucional os papéis de estabelecer função contramajoritária no controle dos direitos fundamentais e de representar, discursivamente, a sociedade. Esse aspecto, como denuncia Luis Roberto Barroso<sup>128</sup>, é negligenciado pela doutrina, que não percebeu que, em uma democracia, todo poder político tem um papel representativo, que, no caso do Poder Judiciário, é manifestado pelas suas “razões decisórias”, procurando, na medida do possível, convencer a sociedade<sup>129</sup> (legitimidade discursiva)<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984, p. 417.

<sup>127</sup> *Idem*, p. 576.

<sup>128</sup> Conforme preleciona Luís Roberto Barroso, “a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos. Para além desse aspecto meramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões — formal e substantiva — soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão. A democracia contemporânea, portanto, exige votos, direitos e razões”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. “A função representativa e majoritária das cortes constitucionais”. *Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Alexandre de Moraes da Rosa, André Karam Trindade, Clarissa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 160.

<sup>129</sup> É certo que, diante do pluralismo nas democracias contemporâneas, o consenso deliberativo acerca de determinados temas complexos é praticamente impossível, razão pela qual esse não deve ser o escopo dos tribunais constitucionais. A justificação das decisões, nesse contexto, deve ser somente a de motivar a continuidade da cooperação democrática. Nesse sentido, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 27.

<sup>130</sup> No mesmo sentido, esclarecendo que, como a democracia tem dimensão deliberativa, as deliberações judiciais, como exemplo de “representação argumentativa”, atuam em regime de complementaridade com as deliberações parlamentares, Cf. BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 46, dez. 2010. De igual modo, no sentido de que a esfera pública e os tribunais constitucionais são espaços que se caracterizam

É certo que a ideia de democracia, indissociável de um regime jurídico de direitos fundamentais, está além do mero respeito à vontade majoritária, pois, a partir da ideia de cooperação democrática entre as instituições e a racionalidade de seus limites, o seu conceito também é composto pelo ideal de participação, tolerância e liberdade, sem prejuízo do respeito à diferença.

Para Mauro Cappelletti<sup>131</sup>, a atividade jurisdicional, que também é criativa de direitos, é plenamente democrática em todos esses aspectos, inclusive no respeito à vontade majoritária. Para ele, o bom juiz não é refém do formalismo legislativo, pois, consciente de suas limitações e fraquezas, retrai-se, de forma prudente, em determinados casos e, em outros, especialmente na tutela de direitos fundamentais, adota uma postura mais proativa. O resultado dessa atividade, entretanto, pode ser modificado pelo legislador, ou seja, a vontade majoritária, representada pela figura do “legislador, pode modificar os efeitos de uma decisão judicial, o que demonstra que a jurisdição não detém a última palavra no plano da regulamentação normativa”<sup>132</sup>. Sendo assim, há possibilidade de controle democrático sobre o exercício da jurisdição. Ademais, segundo Mauro Cappelletti, a jurisdição encontra-se sintonizada com a democracia, quando, pelo menos potencialmente, mantém contato direto com os problemas mais concretos e atuais da sociedade, traduzidos, no processo, nos pedidos que retratam as necessidades, aspirações e solicitações quotidianas de seus membros.

Essa constatação, todavia, se verdadeira, ainda é minimalista em relação aos valores democráticos que devem recair sobre o exercício da jurisdição, ou seja, precisa-se avançar mais a respeito da delimitação do que realmente seja uma jurisdição genuinamente democrática. Juízes democráticos não podem ser “superlegisladores”, e, nessa perspectiva, devem estar atentos, de um lado, para a sobrecarga jurisdicional da Política e, no sentido oposto, para a instrumentalização da Política pelo Direito<sup>133</sup>.

---

pela deliberação e pelo regime de complementaridade, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 27.

<sup>131</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 74, 92, 103-107 e 132.

<sup>132</sup> Louis Fisher também entende dessa forma, pois, segundo ele, os registros históricos comprovam que as decisões das cortes não são finais, tampouco infalíveis. As decisões judiciais, nesse sentido, somente se mantêm inatingíveis na medida em que o Congresso, o Presidente e o público em geral consideram-nas convincentes, razoáveis e aceitáveis. Cf. FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University, 1988, p. 244.

<sup>133</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva”. *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Jorge Miranda organizador. Vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 877 e 883.

Assim, deve-se distinguir, como o fez Ronald Dworkin<sup>134</sup>, as decisões baseadas em “princípios” das que se fundamentam em “políticas”. Estas, por envolverem padrão relacionado a aspectos políticos, econômicos e sociais de uma determinada localidade, devem ser tomadas pelos ocupantes de cargos majoritários, ou seja, dos Poderes Legislativo e Executivo. Na prática, contudo, não se vislumbra essa distinção metodológica, o que significa que a jurisdição tem invadido os espaços constitucionais de competência das funções legislativa e administrativa, a pretexto de proferir decisões razoáveis, por intermédio da técnica da ponderação, ou seja, têm sido corriqueiras as decisões judiciais que, com o objetivo de estabelecer controle de constitucionalidade e tutelar direitos fundamentais, utilizam-se de parâmetros subjetivos, frequentemente por meio de opções morais e políticas.

Impõe-se perceber que, se o Poder Judiciário parte da premissa de que ele é o intérprete máximo da Constituição<sup>135</sup>, a consequência é uma postura proativa, eventualmente excessiva, de apreensão de questões de índole política, além de precipitar o processo democrático no sentido de se retirar do foco o povo, que, por ser o titular e destinatário do poder, deve participar, na medida do possível, das deliberações públicas<sup>136</sup>.

Com o ativismo judicial, em outras palavras, retira-se da população o senso de responsabilidade em relação aos assuntos estatais, especialmente os relativos à interpretação constitucional<sup>137</sup>, sem prejuízo de enfraquecer o papel político do Legislativo<sup>138</sup>. É que, embora os tribunais também possam ser um fórum para deliberações sociais em um contexto

---

<sup>134</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6, 113 e 135.

<sup>135</sup> Contra a primazia do Judiciário na interpretação constitucional, atribuindo um papel secundário ao Legislativo na definição de direitos a partir de desacordos morais, Cf. BENVINDO, Juliano Zaiden. “A ‘última palavra’, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

<sup>136</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 42-43.

<sup>137</sup> Nesse sentido, Cf. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 6-32 e 154-194.

<sup>138</sup> Sobre a necessidade de preponderância do Legislativo sobre a jurisdição constitucional quanto ao processo de discussão e criação de direitos, Cf. WALDRON, Jeremy. “The core of the case against judicial review”. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1360, 2006. Existem dois argumentos centrais para este autor: a) não existe razão para supor que os direitos estariam melhor protegidos pelo exercício do *judicial review* do que por legislaturas democráticas; b) não obstante os resultados que o *judicial review* possa gerar, sob o ponto de vista da democracia, ele é ilegítimo. Nesse sentido, diante da legitimidade política do Legislativo, o controle judicial de constitucionalidade não se justifica em uma sociedade que apresente as seguintes características: a) existência de instituições democráticas em razoável bom funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita em bases de sufrágio adulto universal; b) existência de instituições judiciais, também em razoável bom funcionamento, configuradas em bases não representativas para conhecer de demandas individuais, definir disputas e preservar o Estado de Direito; c) existência de compromisso da parte de muitos dos membros da sociedade e dos agentes públicos com a ideia de direitos individuais e de minorias; d) como esse compromisso não impede a ocorrência de desacordos teóricos acerca da existência de direitos, é preciso que os membros da sociedade, movidos de boa-fé, tenham efetivo compromisso em dar sentido a esses direitos (“The core of the case against judicial review”. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346 e 1360, 2006).

de desacordo, não se pode perder de vista que é no Legislativo que repousa maior grau de representatividade social, inclusive quanto às vozes divergentes<sup>139</sup>. Com efeito, se não são fixados os devidos limites, a tendência é que a jurisdição constitucional passe cada vez mais a se considerar como a instituição preferencial na aferição e na proteção dos valores da sociedade, o que demonstra que a premissa relatada acima é antidemocrática<sup>140</sup>.

É preciso delimitar, diante desse quadro, parâmetros democráticos de procedimento, com incentivo à participação popular, e de proferimento de decisões, para evitar o voluntarismo subjetivista e a arbitrariedade. Na realidade, impõe-se definir o “modelo de juiz constitucional ideal” para a complexidade dos conflitos da sociedade pós-moderna, a exemplo daquilo a que se dedica neste estudo. Antes de delimitar esse modelo ideal, porém, impõe-se descrever as principais classificações doutrinárias a respeito.

### 1.2.2 Dos modelos doutrinários de juiz

Impõe-se logo esclarecer que, a rigor, não se trata efetivamente de “modelos de juiz”, como a doutrina habitualmente coloca, mas sim de “métodos interpretativos do Direito”, os quais são variáveis de acordo com a metodologia empregada para a elaboração de uma decisão judicial. Nesse sentido, o problema envolve os limites e os métodos interpretativos em determinados contextos históricos. No texto que se segue, todavia, respeitar-se-á essa tradição doutrinária.

Cass Sunstein, em obra anterior<sup>141</sup> e baseado na realidade norte-americana, afirma que existem quatro modelos de juízes constitucionais: a) perfeccionistas; b) majoritários; c) minimalistas; d) fundamentalistas. De acordo com esse modelo doutrinário, enquanto os fundamentalistas defendem a necessidade de realizar uma interpretação estritamente histórica do texto constitucional, os majoritários adotam posicionamento estritamente procedimentalista, no sentido de que a jurisdição deve ter postura reducionista, para defender, salvo nos casos de violação à Constituição, a vontade democrática dos representantes eleitos. Já os perfeccionistas<sup>142</sup> procuram a melhor decisão para a sociedade por intermédio do processo interpretativo, possibilitando à jurisdição constitucional o reconhecimento e a

<sup>139</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 16.

<sup>140</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 89.

<sup>141</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. XI-XIII.

<sup>142</sup> Para Cass Sunstein, a doutrina de Ronald Dworkin parece ser favorável ao modelo de juiz “perfeccionista”. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 32.

criação de direitos. Finalmente, o modelo de juiz minimalista, que, apesar de acreditar no potencial da jurisdição, é consciente de que não foi eleito pelo povo e de que sua função encontra limites no princípio democrático, de modo que deve evitar o proferimento de decisões genéricas e similares à legislação. O juiz minimalista, que é o ideal para Cass Sunstein<sup>143</sup>, é consciente também de que não é dotado de expertise política e de que deve avaliar as consequências de suas decisões, bem como, diferentemente do juiz perfeccionista, tende a respeitar seriamente o processo democrático<sup>144</sup>.

É interessante observar que esse modelo minimalista de Cass Sunstein, de certo modo, assemelha-se ao juiz-garantista de Luigi Ferrajoli<sup>145</sup>. Apesar de o juiz-garantista ser consciente de que houve uma ampliação do espaço político da jurisdição atualmente, ele também se preocupa em reforçar as suas condições de legitimidade, para que não haja um desequilíbrio nas relações entre os poderes estatais<sup>146</sup>. Sabe que, no Estado Constitucional, a atribuição de sentido normativo subordina-se aos procedimentos e conteúdos estabelecidos pelo próprio Direito<sup>147</sup>. Sendo assim, ciente de seus limites institucionais<sup>148</sup>, o juiz-garantista não invade os legítimos espaços da política e, por isso mesmo, como freio à discricionariedade judicial<sup>149</sup>, respeita os princípios da separação de poderes e da legalidade estrita<sup>150</sup>. Logo, em consonância com uma concepção garantista de constitucionalismo, esse

<sup>143</sup> Cass Sunstein já havia se manifestado nesse sentido em obra anterior. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 259-266.

<sup>144</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 35 e 251.

<sup>145</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: RT, 2015, p. 241-243.

<sup>146</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 790.

<sup>147</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX*. Tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88-89.

<sup>148</sup> Esses limites institucionais também decorrem da adequada compreensão acerca dos vínculos estabelecidos entre Direito, Moral e Política. Nesse sentido, Cf. FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. Tradução de André Karam Trindade. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 31-33.

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi. “O constitucionalismo garantista e o estado de direito”. Tradução de André Karam Trindade. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 247 e 250.

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi. “O estado de direito entre o passado e o futuro”. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. *O estado de direito: história, teoria e prática*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 451. O garantismo é um modelo normativo de Direito, que tem por função, de um lado, garantir, com independência, a tutela de direitos, inclusive sociais, e, de outro, estabelecer a limitação do exercício do poder. Nessa perspectiva, a jurisdição é vista como uma “garantia secundária”, ou seja, somente atuará, quando houver ilicitude na aplicação dos textos normativos de direito material estabelecidos pelo legislador. É inegável que, na complexidade da prática jurídica, o juiz lida com conceitos indeterminados e lacunas normativas, mas o que importa é que perceba que a sua margem de decidibilidade é limitada e que as funções de jurisdição devem

modelo de juiz, fugindo de posturas ativistas, não interpreta os direitos fundamentais como se fossem princípios confiados exclusivamente à técnica da ponderação de valores, que enfraquece a normatividade constitucional e atribui à jurisdição uma discricionariedade imprópria e até mesmo antidemocrática<sup>151</sup>. Pelo contrário, apesar de visualizá-los em sua função conformativa do conteúdo legítimo das demais normas jurídicas<sup>152</sup>, os direitos fundamentais são vistos, pelo juiz-garantista, como regras vinculantes, que devem ser aplicadas diante de suas respectivas violações<sup>153</sup>, notadamente pelo exercício ilegítimo da política.

Em obra mais recente<sup>154</sup>, Cass Sunstein redefiniu sua classificação para os modelos de juízes constitucionais, embora tendo como foco os da Suprema Corte norte-americana, da seguinte maneira: a) juiz-herói; b) juiz-soldado; c) juiz-minimalista; d) juiz-mudo<sup>155</sup>.

Com inegável propensão ao ativismo judicial, os juízes do primeiro modelo (“heróis”)<sup>156</sup>, a exemplo da Corte Warren<sup>157</sup>, devem fazer a sociedade avançar, inclusive por intermédio de reformas sociais, e, nessa missão, valendo-se do controle de constitucionalidade e da aplicação dos princípios, invalidam a legislação ordinária, disciplinam políticas públicas e redirecionam as ações do Estado e da sociedade<sup>158</sup>.

ser cumpridas mediante um processo justo. Nesse sentido, Cf. TARUFFO, Michele. “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”. *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 383-392, 2008.

<sup>151</sup> FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. Tradução de André Karam Trindade. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18-19 e 53-55.

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 69-70.

<sup>153</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: RT, 2015, p. 123 e 241.

<sup>154</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional personae*. New York: Oxford University Press, 2015.

<sup>155</sup> Para uma crítica a essa classificação de Cass Sunstein, afirmando que nenhum desses modelos de juiz, isoladamente, seria compatível com a realidade brasileira, Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Heróis, Soldados, Minimalistas ou Mudos? São estes os perfis de juízes?”. *Juiz não é Deus: juge n’est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 97-103.

<sup>156</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional personae*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 5-10.

<sup>157</sup> Sobre a Corte de Earl Warren (1953-1969), ilustrativamente, Cf. MORO, Sergio Fernando. “A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 337-356, 2001; JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51-56.

<sup>158</sup> Para um relato doutrinário no sentido de que, na tradição da *Common Law*, os juízes, historicamente, são heróis culturais ou figuras patriarcais, Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3th. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 34 e 37. Por outro lado, há doutrina relatando um heroísmo improvável dos juízes federais – principalmente do tribunal de apelações do quinto circuito de apelação dos EUA – que aplicaram vigorosa e habilmente o julgado *Brown vs. Board of Education*, proferido pela Suprema Corte em 1954, apesar da resistência principalmente dos Estados do Sul. Nesse sentido, Cf. BASS, Jack. *Unlikely heroes*. Tuscaloosa, AL: University Alabama Press, 1990.

Já os juízes do segundo modelo (“soldados”)<sup>159</sup> caracterizam-se por maior deferência ao processo político, entendendo que a sua obrigação jurídica é promover a efetividade dos textos normativos produzidos pelos poderes politicamente legitimados. Nessa perspectiva, entendem que não têm o dever de redefinir os valores que são extraídos dessas normas, motivo pelo qual desejam concretizar o ordenamento jurídico como quem dá cumprimento a ordens superiores.

Por sua vez, os juízes do terceiro modelo (“minimalistas”)<sup>160</sup> assumem uma postura de cautela em relação ao cumprimento da ordem jurídica e à ingerência nas outras funções estatais, privilegiando as práticas e tradições socialmente sedimentadas. Nesse sentido, os “minimalistas”, com virtuosa passividade e autocontenção (“uso construtivo do silêncio”<sup>161</sup>), preferem atuações mais centradas nos casos sob julgamento, receando a produção de repercussões potencialmente perturbadoras do processo sociopolítico<sup>162</sup>, cujo ritmo próprio de maturação deve ser respeitado<sup>163</sup>. O juiz-minimalista, desse modo, por atuar prudentemente, respeita a área de atuação dos demais poderes estatais e o pluralismo de valores da sociedade, mostrando-se permeável ao debate público<sup>164</sup>.

Finalmente, os juízes do quarto modelo (“mudos”)<sup>165</sup> optam pelo silêncio diante de grandes controvérsias constitucionais, preferindo manter, sempre que possível, casos altamente problemáticos fora da atividade jurisdicional, a fim de deixar o espaço aberto para a ação do processo político. Em suma, “mudos” são aqueles juízes que não querem falar nada, mas, quando o pleno silêncio torna-se insustentável, eles resistem a revisões valorativas,

<sup>159</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional personae*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 10-15.

<sup>160</sup> *Idem*, p. 16-18.

<sup>161</sup> SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 5.

<sup>162</sup> No sentido de que a amplitude decisória torna a decisão menos apta a atrair consensos, Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 886, 2003.

<sup>163</sup> O comportamento contrário, naturalmente, é o praticado pelo “juiz-maximalista”. Uma decisão maximalista é aquela que se caracteriza pela extensão e profundidade dos fundamentos utilizados para a solução de determinado caso, incursionando em aspectos morais, políticos, históricos econômicos e científicos. Nessa perspectiva, observe-se, com base na lição de Glauco Salomão Leite, que “o maximalismo judicial é caracterizado pela atitude do juiz em pretender decidir as controvérsias jurídicas a partir de fundamentações densas, adentrando aspectos para além do necessário para a resolução do litígio. Ao proceder dessa maneira, anuncia princípios gerais e procura antecipar soluções para outras controvérsias, em relação às quais a sociedade ainda não teve a oportunidade de se manifestar por meio das instâncias deliberativas. Uma Corte que habitualmente enfrenta questões constitucionais, mesmo quando despidiendas para decidir o caso, ou que ignora as ‘virtudes passivas’, tende a elevar as oportunidades de ocupar o lugar das instâncias políticas deliberativas”. Cf. LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do judicial ativismo ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 77-78.

<sup>164</sup> Observe-se, com base na clássica lição de Alexander Bickel, que há os aspectos positivos nas “virtudes judiciais passivas”, pois, ao silenciar em determinados casos, o tribunal, desempenhando um papel pedagógico, estimula um colóquio entre os outros poderes e a sociedade. Cf. BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2nd. New Heaven: Yale University Press, 1986, p. 28, 69-71 e 207.

<sup>165</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional personae*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 18-24.

adotando fundamentações superficiais para suas decisões, que tendem a continuar a jurisprudência sedimentada.

Importa destacar que, nesse processo de amadurecimento e revisão de sua teoria, Cass Sunstein admite subdivisões e modelos intermediários<sup>166</sup>. O “juiz-herói”, por exemplo, pode ser subdividido em de primeira ordem, quando empenhado em acatar as decisões decorrentes do processo político, e de segunda ordem, quando comprometido com a proteção do significado original da Constituição contra interpretações conjunturais que dela destoam. Por conta dessa tendência originalista, os de segunda ordem são qualificados como heróis-soldados.

Essas subdivisões e esses modelos híbridos, apesar de aumentar a complexidade e possibilitar a divergência no enquadramento, enriquece a teoria Cass Sunstein, que, ao final, porém, pretende reforçar a tese de que o modelo preferencial é o de “juiz-minimalista”. Este, com ideias similares às do filósofo político irlandês Edmund Burke<sup>167</sup>, rende maior respeito aos costumes e tradições socialmente sedimentadas, os quais traduziriam o resultado da experiência de gerações. Ademais, este modelo evita os equívocos que poderiam advir de voluntarismos judiciais, ao mesmo tempo em que sua ênfase na resolução do caso concreto deixa amplo espaço para a deliberação social e possível revisão das tradições. A tradição, como ponto de partida para temas complexos e difíceis, a exemplo das questões relacionadas à separação de poderes, pode apresentar-se diante do caso como injusta, mas o modelo em questão admite a reflexão acerca da racionalidade da prática tradicional. Esse modelo considera que os temas públicos, em uma democracia, estão sujeitos a deliberação coletiva de pessoas livres, não é devoto da supremacia e do ativismo judicial na interpretação da Constituição, nem das teses originalista, pois, neste particular, defende a necessidade de as decisões considerarem o contexto social e institucional, em vez de se fundamentarem exclusivamente em teorizações abstratas. Cass Sunstein, dessa forma, parece considerar o “juiz-minimalista” como o prudente meio-termo entre os extremos contrapostos da ação (o “herói” e o “soldado”) e uma alternativa ao extremo da inação (o “mudo”)<sup>168</sup>.

É importante perceber que esses modelos de Cass Sunstein estão no plano do idealismo, motivo pelo qual a identificação de um juiz com um determinado modelo não é estanque, pois, na prática forense, revela-se perfeitamente possível a variação de posturas

---

<sup>166</sup> *Idem*, p. 24-42.

<sup>167</sup> Há um capítulo específico dedicado ao “minimalismo burkeano”. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional personae*. New York: Oxford University Press, 2015, p. 67-108.

<sup>168</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 114-128.

conforme o tema sob apreciação e também quanto à intensidade. Sendo assim, um juiz pode ser “herói”, por exemplo, em relação aos temas envolvendo questões de gênero e de movimentos sociais, mas “soldado” em relação à judicialização do direito à saúde. Diferentes “juizes heróis” podem atuar com diferentes intensidades de reformismo social e político, da mesma forma que nem todo soldado é um originalista estrito. Ainda que essa flexibilidade traga problemas para a objetividade da categorização dos juizes, ela abre os modelos para a complexidade psicológica dos julgadores, permitindo a identificação de suas incoerências e inconstâncias.

Embora outras formas de conhecimento (arte<sup>169</sup>, música<sup>170</sup>, literatura<sup>171</sup> etc.) ofereçam contribuição para o estudo jurídico, são populares as reflexões mitológicas acerca dos modelos de juiz. Já é clássica, nesse sentido, a classificação de François Ost: Júpiter, Hércules e Hermes<sup>172</sup>.

“Júpiter”, ou “Zeus”, relacionado ao normativismo jurídico, seria o juiz-racionalista do paradigma liberal clássico, que visualiza o Direito como um sistema legislativo fechado, piramidal e autônomo<sup>173</sup>. Remonta-se, aqui, à Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

<sup>169</sup> Conforme preleciona Marcílio Toscano Franca Filho, “a arte e a estética — por conta do seu não-dogmatismo, da sua dinâmica complexidade, da sua refinada compreensão do mundo, da sua abertura e da sua criatividade — têm sempre muito a dizer ao direito, mesmo não se valendo da palavra”. Cf. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito*. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 22.

<sup>170</sup> Mônica Sette Lopes, por exemplo, explica que tanto para o Direito quanto para a Música a palavra-chave é “interpretação”. Cf. LOPES, Mônica Sette. *Uma metáfora: música e direito*. São Paulo: LTr, 1996, p. 18.

<sup>171</sup> Sobre o tema, revela-se fundamental a leitura do seguinte texto: DWORKIN, Ronald. “De que maneira o Direito se assemelha à literatura”. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 217-249. Para uma análise crítica acerca dessa correlação em Direito e Literatura, Cf. GONZÁLEZ, José Calvo. “Derecho y Literatura, *ad Usum Scholaris Juventutis* (con relato implícito)”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 66, p. 15-45, jul. 2013. Na doutrina brasileira, dentre outros textos relevantes, também se recomenda a seguinte leitura: STRECK, Lenio Luiz. “Os modelos de juiz e a literatura”. *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 227-236.

<sup>172</sup> OST, François. *Dire le Droit, Faire Justice*. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 33-60. Há versão em espanhol desse texto: OST, François. “Júpiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez”. Traducción Isael Lifante Vidal. *Doxa – Cuadernos de Filosofía de Derecho*, n. 14, p. 169-194, 1993. Este texto também foi publicado em português: OST, François. “Júpiter, Hercules, Hermes: três modelos de juiz”. Tradução de Marcia Helena de Menezes Ribeiro. *Juizado da Infância e da Juventude*, Porto Alegre, v. 7, n. 17, p. 109-130, jan./mar. 2009. No Brasil, dentre outros, os seguintes estudos abordaram essa classificação de François Ost: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. “A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O ‘juiz Hermes’ e a nova dimensão da função jurisdicional”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 2, n. 2, p. 20-54, 2008; STRECK, Lenio Luiz. “O (pós-)positivismo e os propalados e os modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010; PAULA, Gislaine de. “Zeus, hércules e hades: conceitos de direito”. *Direito, Teorias e Sistemas: Estudos Desenvolvidos no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC*. Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Sergio Ricardo Ferreira Mota organizadores. Florianópolis: Insular, 2015, p. 93-103. Criticando essa classificação de François Ost, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 414-416.

<sup>173</sup> O sistema jurídico do juiz Júpiter pressupõe a criação de um Direito quase divino, dotado de alguns dogmas polivalentes (ideais ou sagrados), e está inteiramente ancorado na igualdade formal, com reflexos na rigidez da

Monista, o juiz-júpiter acredita que todo o fenômeno jurídico advém da legislação (monismo jurídico), caracterizada pela abstração e generalidade, e o poder é centralizado nas mãos um soberano (monismo político). Acredita, ainda, que as decisões judiciais possuem método lógico-dedutivo e que o seu dever de justificá-las é meramente interno, ou seja, a legitimidade da decisão decorre apenas de sua coerência com o sistema jurídico. A legalidade, em outros termos, é condição necessária e suficiente para a validade da regra. Assim, para o Júpiter, como ápice normativo da cadeia hierárquica e estratificada do ordenamento jurídico, a Constituição escrita determinaria a atividade do legislador, ao passo que a atividade do legislador estabeleceria os marcos definidores da ação interpretativa do juiz.

Já “Hércules”, o semideus, apresenta-se, na concepção de François Ost, como o juiz ativista do Estado Social de Direito. Diferentemente de Júpiter, visualiza o Direito como um funil, ou seja, uma pirâmide invertida, pois acredita que o juiz deve voltar-se, essencialmente, para o caso concreto, em modelo similar ao defendido pelas correntes do realismo e da jurisprudência sociológica norte-americanos. Estão afastadas as concepções de que o método do Direito seja dedutivo, a partir de uma hipotética norma fundamental, e a atividade de julgar seja meramente silogística, pela técnica da subsunção formal. “Hércules”, dessa forma, pressupondo que o Direito seja criado por indução, preocupa-se com os valores do caso e, nessa perspectiva, utiliza, demasiadamente, a técnica da ponderação de princípios e a máxima da proporcionalidade e da razoabilidade. Ademais disso, “Hércules”, qualificado como “engenheiro social”, acredita que o Direito deve ser visto como instrumento de realização de valores políticos, sendo essenciais, para seus objetivos, as ideias de efetividade e de desapego à forma. Trata-se, assim, de um juiz “assistencialista” e “paternalista”<sup>174</sup>.

Esses dois primeiros modelos de François Ost, certamente, merecem críticas, pois são incompatíveis com a complexidade da sociedade atual. Não se visualiza, nesses dois modelos, qualquer preocupação com as ideias de democracia participativa e cooperação processual, fatores que também contribuem para a falência do Estado hodiernamente. Não há espaço, em outras palavras, para a construção de paradigmas democráticos que apostem a solução de

---

interpretação da cláusula de separação de poderes. Nesse sentido, Cf. GOMES, Flávio Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 31 e 38.

<sup>174</sup> Hércules carrega sobre seus ombros o peso das reformas sociais, de forma que se apresenta como um juiz assistencialista, ativista e revolucionário. Nessa perspectiva, procura garantir, em suas sentenças, a igualdade material e visualiza a certeza jurídica como um instrumento retórico que visa assegurar a dominação social. A sua sentença, assim, criando o direito do caso concreto, deve traduzir o sentimento de justiça da comunidade, a luta dos marginalizados e a libertação dos oprimidos. Nesse sentido, Cf. GOMES, Flávio Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 52-54.

conflitos por intermédio de métodos dialógicos de compreensão e de cooperação entre os envolvidos. Observe-se que, se, de um lado, o juiz-liberal (Júpiter) peca pela ineficiência e pelo distanciamento da realidade social, de outro, o juiz-paternalista (Hércules) imagina que somente ele é fundamental construir a decisão, ou seja, é um juiz-solipsista, isolado em suas convicções pessoais, impossibilitando qualquer sensação de segurança jurídica. Nesse sentido, é certo que o excesso de positivismo, inclusive pelas possibilidades decisórias a partir da moldura normativa de Hans Kelsen, e de realismo jurídicos acarreta decisionismos autoritários e arbitrários. Enfim, esses dois modelos de juiz não têm perfis democráticos.

Resta, assim, analisar o terceiro modelo de François Ost, o juiz-Hermes. Para este, à validade agrega-se a legitimidade, de modo que o seu dever de fundamentação não se restringe ao aspecto interno do Direito, relacionado principalmente à coerência da decisão com o sistema jurídico, mas também ao externo, vinculado ao procedimento deliberativo que a antecede. “Hermes”, o mensageiro dos deuses, é aquele que permite a comunicação entre o mundo dos vivos e dos mortos<sup>175</sup>. O juiz-Hermes, assim, apresenta-se como qualificado para a comunicação<sup>176</sup> e a intermediação no labirinto jurídico da pós-modernidade, paradigma em que o Direito é estruturado em rede e, por carecer sempre da hermenêutica e de juízos reflexivos, é líquido e inacabado, admitindo a abertura das fontes de produção jurídica, além de outras formas não estatais de solução de conflitos.

Há, nessa perspectiva, uma busca de legitimação pelo procedimento, que, sem coação, eleva a divergência para promover razoavelmente o consenso, e pelo respeito aos direitos fundamentais. Embora promova a participação nas discussões públicas, “Hermes”, prudentemente, reconhecendo suas limitações, busca a cooperação dos envolvidos, para se alcançar a melhor solução para o caso<sup>177</sup>. Enquanto o cidadão, tendo em mira o juiz-Hércules,

<sup>175</sup> Segundo Gislaïne de Paula, o juiz-Hermes é apresentado por François Ost de forma bastante otimista, razão pela qual prefere substituí-lo pelo juiz-Hades. Hades, parricida de Cronos, é o deus do mundo inferior e dos mortos, senhor implacável da morte. O Direito, para Hades, é marcado pelo decisionismo, pelo exercício do poder e, na linha de Carl Schmitt, pelo poder de decisão sobre a suspensão da ordem jurídica e o estado de exceção. Trata-se de uma forma de poder que se encontra em patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. Cf. PAULA, Gislaïne de. “Zeus, hércules e hades: conceitos de direito”. *Direito, Teorias e Sistemas: Estudos Desenvolvidos no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC*. Luiz Henrique Urqhart Cademartori e Sergio Ricardo Ferreira Mota organizadores. Florianópolis: Insular, 2015, p. 93 e 101-102. Não se concorda, entretanto, com essa ideia, pois, como se trabalha no plano do idealismo, o juiz-Hades, apesar até de existir na prática forense atual, não é o modelo desejado para a condução de causas complexas da pós-modernidade e do Estado Democrático de Direito.

<sup>176</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro imparcial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 117, p. 9, set./out. 2004.

<sup>177</sup> No sentido de que o modelo do juiz Hermes introduz inegável avanço democrático, quando coloca em cena a relevância da participação de outros atores no processo decisório, Cf. TOMAZ, Carlos Alberto Simões de, “Construindo um modelo de juiz ou de como sair da ‘caixa preta’”. *Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Vol. LXXXVII, n. 87, p. 686, 2011.

relata o seu problema e aguarda ansiosamente a decisão, na perspectiva do juiz-Hermes, as partes e os demais envolvidos no litígio são aceitos para participar de forma mais direta na busca da solução, o que demonstra o perfil mais democrático desse modelo de juiz.

É interessante observar que o juiz-Hércules de François Ost não se confunde com o seu homônimo em Ronald Dworkin. Para este autor, antes de mais nada, por força do “princípio da reciprocidade”<sup>178</sup>, há um compromisso fundamental assumido pelo Estado Democrático de Direito: tratar os cidadãos com igual consideração e respeito<sup>179</sup>. Ademais, “Hércules”, visualizando o Direito como uma conceito interpretativo<sup>180</sup> e uma prática social cuja intencionalidade tem uma dimensão avaliativa moral e essencialmente argumentativa<sup>181</sup>, tem a virtude de representar uma jurisdição com “responsabilidade política”<sup>182</sup>, pois pressupõe que o Direito em si seja visto como “integridade”<sup>183</sup>. Visualiza o Direito, desse modo, como um conjunto indivisível de princípios e valores que, à diferença daqueles do direito natural, acham-se sedimentados historicamente e compartilhados socialmente. São incorporados à prática jurídica, com efeito, “princípios de moralidade política”<sup>184</sup>, mas sem

<sup>178</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional*. 4. ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 187.

<sup>179</sup> Nesse sentido, apresenta-se como construtivista e protetor das minorias contra as injustiças praticadas pelas maiorias.

<sup>180</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 109.

<sup>181</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156.

<sup>182</sup> No sentido de que o Direito como integridade coloca limites à subjetividade do juiz, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 351.

<sup>183</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 120, 203 e 270-331. Observe-se que a visão do Direito como integridade de Dworkin atribui à igualdade uma concepção política no sentido de que os membros da comunidade devem se preocupar com os demais, que devem ser tratados com igual consideração e respeito. A integridade pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade, vinculando, com efeito, o privado e o público. Há, nessa perspectiva, uma dimensão moral de reciprocidade evidenciada na responsabilidade dos indivíduos. Ademais, a integridade, estabelecida pela reconstrução da unidade da razão prática, com influência no campo da decidibilidade judicial, postula coerência e coesão moral e política a partir do sistema de princípios. Os casos trágicos, nessa perspectiva, ficam bem mais trabalhados pela integridade, que adota a argumentação no processo de interpretação e justificação, além da ponderação para resolver o conflito de princípios. A integridade trabalha uma filosofia do direito que reúne o direito, a política e a moral, o uso de decisões passadas, presentes e projetadas para o futuro, sempre com base na comunidade de princípios. Com isso, fecha-se o ciclo, e a integridade do Direito pode resolver também os casos trágicos, porém, em vez de análise exclusivamente jurídica, em companhia de outros ramos do conhecimento. Dessa forma, a integridade pode ser vista como um critério de justiça, pois o seu conteúdo moral foi incorporado ao Direito, pelos princípios, trazendo, especialmente, os direitos humanos em nova substância. A partir dessa internalização, não se fala mais de moral, mas de normas jurídicas, inclusive princípios, que compõem a base da comunidade política. A tarefa do jurista é interpretar e aplicar essa integridade de princípios, que deve ser entendida como a bússola do juiz Hércules. Cf. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Critérios de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155, 162, 172 e 173.

<sup>184</sup> Para Dworkin, “seja qual for a linguagem que escolhemos, o importante é o sentido de moralidade política”. Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 130. Ademais, para ele, a decisão judicial é um acontecimento político, pois, como o conceito de Direito é interpretativo, a argumentação jurídica completa-se com argumentos morais e éticos. Cf.

perda da autonomia do Direito<sup>185</sup> ou desprezo ao texto legislativo<sup>186</sup>. Nesse sentido, ciente das “restrições institucionais” que são pressupostas na decisão<sup>187</sup>, procura descobrir os direitos que as partes têm, ou seja, não atua para criar o direito a partir do nada jurídico, aplicando-o ao caso concreto<sup>188</sup>.

Observe-se que o juiz Hércules de Dworkin, apesar de ter a missão de encontrar a “resposta correta”<sup>189</sup> para o caso e visualizar o Direito como parte da moral política<sup>190</sup>, não possui discricionariedade judicial<sup>191</sup> nem é ativista<sup>192</sup>, pois, em um de seus aspectos decisórios, por ser um democrata<sup>193</sup>, toma como base as práticas compartilhadas pela sociedade, ou seja, possui conhecimento de toda a história das decisões judiciais anteriores<sup>194</sup>, atribuindo-lhes uma narrativa lógica-coerente<sup>195</sup>, além de compreender os valores políticos da comunidade<sup>196</sup>. Esse modelo de juiz sabe que a fundamentação das decisões é um dever fundamental, pois é fonte da legitimidade e forma de controle (*accountability*), possibilitando

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 72-73 e 319-320.

<sup>185</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional*. 4. ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 188-189.

<sup>186</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 409.

<sup>187</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 136.

<sup>188</sup> Essa perspectiva, certamente, tem reflexos na aplicação Direito, inclusive na utilização dos precedentes judiciais como fonte do direito. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 171-180. Acerca da influência do Direito como integridade na aplicação dos precedentes, Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. “O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais”. *Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro*. José Emílio Medauar Ommati coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 201-236; MAUÉS, Antonio Moreira. “Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-623, jul./dez. 2012.

<sup>189</sup> A tese da “resposta correta”, naturalmente, é uma metáfora, e, com efeito, não pode ser aferida empiricamente. Trata-se de uma diretriz para que o intérprete não decida arbitrariamente.

<sup>190</sup> Para uma visão completa acerca dessa correlação entre Direito e Moral, Cf. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 612-635.

<sup>191</sup> STRECK, Lenio Luiz. “O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil?”. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. Lenio Luiz Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 158.

<sup>192</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451-452 e 474-475. Na doutrina brasileira, por todos, Cf. MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 226.

<sup>193</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 476.

<sup>194</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 238.

<sup>195</sup> A decisão de Hércules é um novo capítulo de uma mesma história, podendo até inová-la, porém jamais conta uma nova história. Cf. EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. “Pragmatismo, direito e política”. *Novos Estudos Cebrap*, n. 62, mar. 2002, p. 114. Acerca da conhecida metáfora do “romance em cadeia”, Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275-279.

<sup>196</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 314.

que o juiz explique as condições pelas quais compreendeu a questão, ou seja, apresente a melhor justificativa ou argumentação racional<sup>197</sup>. Questões eminentemente jurídicas, assim, não serão resolvidas por argumentos de política<sup>198</sup>, pelas consequências econômicas da decisão ou por questões exclusivamente morais; antes, o juiz tem o dever de decidir por “argumentos de princípio”<sup>199</sup>. Enfim, a decisão judicial, para Hércules, deve refletir valores democráticos<sup>200</sup>, motivo pelo qual jamais decide com base apenas em suas convicções e preferências<sup>201</sup>.

Revela-se necessário, agora, posicionar-se a respeito do modelo de juiz que, aparentemente, apresenta-se mais compatível com as exigências de novos conflitos, como o das questões relacionadas à judicialização da saúde pública, e com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, se é correta a premissa, defendida por Robert Alexy<sup>202</sup>, de que os juízes detêm uma “representatividade argumentativa”<sup>203</sup>, no sentido de que o povo é representado nas decisões judiciais<sup>204</sup>, ao reconhecer a validade e a pretensão de correção dos argumentos utilizados, é certo que, dentre as responsabilidades democráticas exigidas na jurisdição, destaca-se o dever de observar e levar a sério as fontes e a autonomia

<sup>197</sup> GUEST, Ronald. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 16-17 e 51-52.

<sup>198</sup> CHUEIRI, Vera Karan de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. “Coerência, integridade e decisões judiciais”. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 43, n. 4, p. 188, 2000.

<sup>199</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6, 113 e 135.

<sup>200</sup> Para Ronald Dworkin, a democracia estabelece um vínculo de participação moral e autogoverno entre um indivíduo e um grupo pelo qual seja justo que aquele seja responsável pelos atos deste. Assim, a democracia passa a ser vista como uma parceria no autogoverno coletivo, em que todos os cidadãos têm a oportunidade de serem ativos e parceiros iguais. Cf. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 502-503. Nas sociedades políticas democráticas, portanto, deve-se possibilitar a participação de seus membros nas decisões, ou seja, “uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a essa pessoa uma participação em qualquer decisão coletiva, um interesse nessa decisão e uma independência em relação a essa mesma decisão” Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 37-38. A construção da decisão judicial, portanto, é uma questão democrática. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 80.

<sup>201</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 193 e 197.

<sup>202</sup> ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”. *Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 3, n. 4, p. 272-281, 2005.

<sup>203</sup> Essa tese também é defendida por Luís Roberto Barroso. Cf. BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria”. *Jurisdição Constitucional e Política*. Coordenação de Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 3-34.

<sup>204</sup> Em sentido similar, defendendo uma espécie de autoridade representativa dos juízes, caracterizando os tribunais como um “foro de princípios”, que, pela valorização da qualidade dos conteúdos decisórios, daria aos juízes “legitimidade por reflexividade”, Cf. ROSANVALION, Pierre. *Le légitimité démocratique: impartialité, réflexivité e proximité*. Paris: Seuil, 2008.

do Direito<sup>205</sup>. Além disso, revela-se necessário que os argumentos judiciais, considerando os limites hermenêuticos impostos pelos textos normativos elaborados pelo legislador democrático<sup>206</sup>, tenham a sincera pretensão de correção para o caso, existindo cidadãos racionais que sejam aptos a aceitar esses argumentos como satisfatórios, ou seja, deve-se buscar uma espécie de conexão entre representantes e representados por intermédio dos argumentos judiciais. Seria essa, na opinião de Robert Alexy<sup>207</sup>, a única forma de conciliar o controle de constitucionalidade com a democracia.

Por outro lado, não se pode partir da premissa de que, na missão de proferir decisões justas e corretas, os juízes sejam infalíveis, de modo que somente se justificam atitudes proativas em cenário de falência democrática<sup>208</sup>. Isso não significa, todavia, a ausência de controle. Se ativista é o juiz que, diante da vagueza da linguagem legislativa, submete-se apenas às suas convicções e, conseqüentemente, como baluarte da liberdade, sente-se absolutamente livre em sua discricionária atividade de aplicação dos textos normativos<sup>209</sup>, o modelo adequado de juiz deve seguir parâmetros garantistas, especialmente no que concerne à ideia de respeito aos limites institucionais do Estado Democrático de Direito. Deve-se romper, em outros termos, com um modelo que confia apenas no “sentimento de justiça” dos juízes. Afinal, inexistindo consenso sobre o que é justo ou injusto, não é razoável apostar todas as fichas na figura de um sujeito solitário (solipsista) com acesso privilegiado ao ideal de justiça<sup>210</sup>.

É preciso resgatar a ideia de Peter Häberle<sup>211</sup>, no sentido de que, como se vive em uma sociedade aberta e pluralista, a Corte Constitucional, apesar de sua importância na consolidação da democracia, e os demais tribunais não se encontram sozinhos no processo de interpretação e concretização do texto constitucional, sendo os outros órgãos estatais, e até

<sup>205</sup> ALEXY, Robert. “As dimensões real e ideal do direito”. Traduzido por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Organizadores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 134 e 135.

<sup>206</sup> Sobre a necessidade de uma cultura judicial de respeito ao Estado de Direito, Cf. ZIMMERMANN, Augusto. “How brazilian judges undermine the rule of law: a critical appraisal”. *International Trade and Business Law Review*, v. 11, p. 179-217, 2008.

<sup>207</sup> ALEXY, Robert. “Balancing, constitutional review, and representation”. *Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 3, n. 4, p. 278-279, 2005.

<sup>208</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 51 e 246.

<sup>209</sup> WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 2 e 26.

<sup>210</sup> ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionabilidade e democracia”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 39, abr. 2015.

<sup>211</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, SAFE, 1997, p. 13.

mesmo a esfera pública, também participantes do círculo hermenêutico cujo objeto é a própria realização dos objetivos constitucionais. Ademais, há forte movimento para fortalecer a participação popular nas decisões envolvendo temas complexos<sup>212</sup>. Nesse sentido, a doutrina norte-americana tem defendido que essas decisões não sejam tomadas com exclusividade judicial, especificamente no sentido de minimizar a participação do Judiciário no significado constitucional, ampliando a participação do povo no processo interpretativo, o que tem sido denominado de “constitucionalismo popular”<sup>213</sup>, que tem como fortes defensores, dentre outros, Mark Tushnet<sup>214</sup> e Larry Kramer<sup>215</sup>.

Em temas complexos e multidisciplinares como o da judicialização da saúde pública, por exemplo, diante da tensa correlação entre Política e Direito<sup>216</sup>, é fundamental fortalecer a “participação popular” no debate judicial, para que não sejam tomadas decisões autoritárias e sem base racional e democrática. “A crítica fundamental do constitucionalismo popular reside no desacoplamento entre o Direito e o povo”<sup>217</sup>. Nesse sentido, em uma perspectiva mais radical, pretende devolver à ação política do povo todo o poder decisório no âmbito constitucional<sup>218</sup>. Em sua versão moderada, todavia, essa vertente doutrinária não pretende acabar com o *judicial review*<sup>219</sup>, ou defender o monopólio da democracia representativa em termos de interpretação constitucional<sup>220</sup>, mas sim atribuir valor normativo à cultura de se

<sup>212</sup> Observe-se que debater a democracia contemporânea e suas incompletudes exige que se retome a articulação histórica e conceitual entre poder constituinte e democracia, para se resgatar a verdade radical da política e da democracia moderna, com suas potencialidades de emancipação humana. Nesse sentido, Cf. KALYVAS, Andreas. “Democracia constituinte”. Tradução de Florência Mendes Ferreira da Costa. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 37-84, 2013.

<sup>213</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Traducción de Leonardo Garcia Jaramillo y Laura Saldivia. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 137-139. Acerca das origens do *judicial review* norte-americano e o processo de formação da doutrina do constitucionalismo popular, Cf. STAMATO, Bianca. “‘Constitucionalismo popular’. O povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao *judicial review* norte-americano”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Sobre o tema, ainda na doutrina brasileira, Cf. WILLEMANN, Marianna Motebello. “O *judicial review* na perspectiva da ‘geração fundadora’ e a sua afirmação da supremacia judicial nos Estados Unidos”. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, edição especial, Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, p. 157-176, 2014.

<sup>214</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.

<sup>215</sup> KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University, 2004.

<sup>216</sup> BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e política: uma relação difícil”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

<sup>217</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 35-36.

<sup>218</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999, p. 154.

<sup>219</sup> STAMATO, Bianca. “‘Constitucionalismo popular’. O povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao *judicial review* norte-americano”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75.

<sup>220</sup> Em sentido contrário, na doutrina estrangeira, defendendo que o Poder Legislativo, representante do povo, é o órgão adequado para a solução de desacordos morais em uma sociedade livre e democrática, Cf. WALDRON,

considerar sempre relevante o entendimento da sociedade acerca de temas constitucionais complexos e impactantes<sup>221, 222</sup>.

Essas reflexões, certamente, fazem parte do universo do juiz democrático, que, na realidade, é aquele que se comporta de maneira assemelhada aos modelos “minimalista” de Cass Sunstein, “garantista” de Luigi Ferrajoli, “Hermes” de François Ost e “Hércules” de Dworkin. Apesar da existência de outros modelos doutrinários nos âmbitos nacional e estrangeiro<sup>223</sup>, o juiz de “perfil democrático” absorve a experiência e a maturidade dos modelos desses autores mencionados, compatibilizando suas eventuais divergências teóricas às realidades social e jurídica em que está inserido. Surge daí, por consequência, um novo modelo, agora adaptado à sociedade brasileira, modelo esse que, doravante, denominaremos de “juiz-dialógico”, um modelo ideal de juiz que, antes de tudo, é consciente de que, por estar historicamente situado, são exatamente as suas virtudes que o tornam humano<sup>224</sup>.

---

Jeremy. “The core of the case against judicial review”. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1360, 2006. Há versão deste texto em português, Cf. WALDRON, Jeremy. “A essência da oposição ao *judicial review*”. Tradução de Adalto Villela e Geraldo de Carvalho. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-157.

<sup>221</sup> KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University, 2004, p. 247.

<sup>222</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 226-230.

<sup>223</sup> Carlo Guarnieri, por exemplo, apresenta quatro modelos ideais de juiz considerando a relação entre a decisão judicial e o sistema político, ou seja, a relação entre o Poder Judiciário e a democracia. Para sua classificação, duas variáveis são relevantes, a criatividade jurisprudencial e a autonomia política. Lembra o autor que a autonomia do Poder Judiciário não é absoluta, pois, apesar de integrante do sistema político, sua atividade típica, no regime democrático, deve considerar os parâmetros institucionais de seu relacionamento com os demais poderes estatais. A partir dessas premissas, apresenta os seus modelos de juiz: a) juiz-executor, que tem baixa autonomia e baixa criatividade. Trata-se de um juiz ao estilo do século XIX e da Revolução Francesa, pois, sem atentar para a realidade e, com efeito, atuando como garantidor da manutenção do *status quo*, tem como função apenas executar passivamente a vontade concreta da lei; b) juiz-delegado, que tem baixa autonomia e alta criatividade. Trata-se de juiz que tem consciência de sua ação política, mas, em contrapartida, a sua criatividade é colocada à disposição de quem delega poderes. Nesse sentido, revela-se fundamental identificar o tipo de Estado ao qual o juiz está inserido (ativo ou reativo), a forma de governo (monárquica ou republicana), o sistema de governo (presidencialista ou parlamentarista) e o regime político (democrático, totalitário ou autoritário). Como o sistema jurídico nem sempre apresenta regras claras e precisas, esse modelo de juiz, diante desses casos, atua como se fosse legislador, realizando escolhas tendo em vista o interesse coletivo, embora, em respeito a alguma previsibilidade, não possa se afastar do ordenamento preexistente; c) juiz-guardião, que tem alta autonomia e baixa criatividade. Trata-se de juiz que tem como objetivo proteger a Constituição e a legislação ordinária dos ataques que as majorias conjunturais e passionais intentarem. O limite de sua atuação é a Constituição, fato que, aparentemente, reduz a sua margem de discricionariedade; e, d) juiz-político, que tem alta autonomia e alta criatividade. Como ator político, é ciente de que não tem liberdade total. Pelo contrário, é consciente de que não pode ser arbitrário, deve respeitar a previsibilidade do direito e não detém o monopólio no processo de sua criação. Cf. GUARNIERI, Carlo. *Magistratura e politica in Italia: pesi senza contrappesi*. Bologna: Il Mulino, 1993, p. 27-40. Para um resumo desses modelos, na doutrina brasileira, Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46-57.

<sup>224</sup> COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 8.

### 1.2.3 Do “juiz-dialógico” como modelo ideal de juiz em uma democracia: perspectivas para a construção de parâmetros de racionalidade decisória e procedimental

O juiz-dialógico, ciente do anacronismo da kelseniana tese do “legislador negativo” para retratar o papel dos tribunais constitucionais<sup>225</sup>, procura compatibilizar vertentes “procedimentalistas” e “substancialistas”<sup>226</sup>, a partir das críticas contra os excessos da judicialização da política e do controle judicial de políticas públicas<sup>227</sup>. Nessa perspectiva, inicialmente, sabe que é inerente ao processo judicial a “criação de normas jurídicas”<sup>228</sup>, mas, em contrapartida, sabe também que esse processo criativo é “comparticipativo”<sup>229</sup>. Nesse sentido, especialmente em casos complexos, procura atuar em coordenação com os demais poderes, respeitando-os no processo de construção de significados acerca da Constituição<sup>230</sup>.

O juiz-dialógico, ciente de que o Direito, como “prática social de produção de sentido”<sup>231</sup>, tem como essência a sua “historicidade”<sup>232</sup>, considera a sociedade e seus valores<sup>233</sup>. Trata-se, assim, de um juiz comunitário e mediador de interesses<sup>234</sup> e, nessa

<sup>225</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. Tradução de Alexandre Krug (do alemão), Eduardo Brandão (do italiano) e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (do francês). São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 151-152.

<sup>226</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmiento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 107-109. No mesmo sentido, Cf. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. “Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

<sup>227</sup> Ilustrativamente, na doutrina brasileira, Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. “Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas”. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 15, p. 59-85 jan./jun. 2012.

<sup>228</sup> O processo deve ser compreendido como método de solução de conflitos que se desenvolve mediante um procedimento em devido processo legal, gerando um complexo de relações jurídicas entre os sujeitos, para, ao final, se houver exame do mérito, criar normas jurídicas. Cf. DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 80 e 87. Para uma visão do processo como relação jurídica e suas consequências, Cf. REIS, Sérgio Cabral dos. “Reflexos Executivos da ‘Inexistência’ e da ‘Invalidade’ da Sentença Civil Condenatória”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto P. Campos Gouveia Filho Coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2013, p. 1119-1164.

<sup>229</sup> Para uma visão de “processo participativo” e sua correlação com a “necessidade democrática de diálogo judicial”, Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82-92.

<sup>230</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 332-333.

<sup>231</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *As teorias jurídicas pós-positivistas*. Tradução de Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito – Letramento, 2016, p. 285.

<sup>232</sup> GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agotinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 23.

<sup>233</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 91.

<sup>234</sup> TOMAZ, Carlos Alberto Simões de, “Construindo um modelo de juiz ou de como sair da ‘caixa preta’”. *Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXVII, n. 87, p. 684 e 690, 2011.

perspectiva, não se considera senhor absoluto dos sentidos constitucionais<sup>235</sup>, motivo pelo qual, para não repudiar ou suplantar rapidamente os pontos de vista dos outros<sup>236</sup>, especialmente de outras instituições democráticas, sua conduta pauta-se pelo diálogo interinstitucional<sup>237</sup>, que é inerente à ideia de controle de constitucionalidade<sup>238</sup>, inclusive pelo fato de que as técnicas de interpretação constitucional não se restringem à análise do texto normativo<sup>239</sup>. Responsável, sabe, por exemplo, que a análise e a ponderação das previsíveis consequências de suas decisões é uma grande “virtude política”<sup>240</sup>.

O juiz-dialógico, percebendo que não se pode reduzir a política à atuação partidária<sup>241</sup>, é consciente de seu papel político na sociedade<sup>242</sup>, inclusive no sentido de que a sua reputação é essencial à própria tutela dos direitos e, com efeito, à efetividade do processo<sup>243</sup>. Assim, como “ator político”<sup>244</sup>, sabe que, no regime democrático, sua atuação é limitada, pois, assim como o legislador, não detém o monopólio na definição do sentido do Direito. Como essa atividade é institucionalmente coordenada, haverá sempre textos a interpretar, procedimentos a observar e hierarquias a respeitar, ou seja, sabe que o aspecto político da atividade judicial pressupõe o respeito à legislação, pois sabe também que a argumentação jurídica não pode fugir absolutamente dos referenciais simbólicos do sistema. O juiz-dialógico abandona, nesse sentido, tanto a racionalidade dedutiva da aplicação dos textos normativos aos fatos quanto a

<sup>235</sup> Em relação ao sistema constitucional norte-americano, rejeitando a tese de supremacia e exclusividade judicial na interpretação da Constituição, Cf. FISHER, Louis. *Constitutional dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988, p. 279.

<sup>236</sup> KRAMER, Larry D. “We the Court”. Cambridge, *Harvard Law Review*, v. 115, n. 1, p. 13, nov. 2001.

<sup>237</sup> No sentido de que o processo de interpretação constitucional é interativo e dialógico, Cf. FRIEDMAN, Barry. “Dialogue and judicial review”. *Michigan Law Review*, v. 91, n. 4, p. 577-658, fev. 1993.

<sup>238</sup> Sobre a correlação entre diálogos interinstitucionais e controle de constitucionalidade, ilustrativamente, Cf. KOZICKI, Datya; ARAÚJO, Eduardo Borges. “Um contraponto a um modelo forte: o supremo tribunal federal, a última palavra e o diálogo”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, dez. 2015; CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. “Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

<sup>239</sup> TRIBE, Laurence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 8, 22 e 447.

<sup>240</sup> Nesse sentido, Cf. ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 85.

<sup>241</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

<sup>242</sup> Sobre a inevitabilidade do caráter político da função judicial, Cf. BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 45, dez. 2010.

<sup>243</sup> Conforme pesquisa realizada por Nuno Garoupa e Tom Ginsburg, os juízes devem confiar quase inteiramente em sua reputação para garantir o cumprimento de suas decisões, obter recursos e manter sua influência política. A reputação não é apenas uma qualidade essencial do Judiciário como um todo, mas também dos juízes individuais. Nessa perspectiva, segundo esses autores, as percepções dos sistemas judiciais em todo o mundo vão desde a admiração generalizada até o desprezo total, e como os juízes participam nessas instituições, alguns ganham respeito, enquanto outros são desprezados. Tudo isso, certamente, reflete sobre a interação dos juízes em relação aos demais sujeitos do processo. Cf. GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*. Chicago: Chicago University Press, 2015.

<sup>244</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91 e 166.

racionalidade indutiva dos fatos à norma, para se chegar ao reconhecimento de que é impossível monopolizar ou renunciar a interpretação<sup>245</sup>.

Apesar de perceber que não se pode atribuir à linguagem aberta da Constituição parte da culpa por desarranjos institucionais, disfuncionalidades e irrealismos em relação às demandas por prestações de saúde pública, o juiz-dialógico também sabe que a atuação hermenêutica deve ser equilibrada, pois, de um lado, não se restringe à aplicação mecânica de textos normativos ou à lógica formal, e, de outro, não deve se abrir a subjetivismos ou voluntarismos. O juiz-dialógico, portanto, sabe que, no seu processo decisório de convencimento<sup>246</sup>, interpretar, como tarefa essencial do Direito, é formular “juízos de legalidade”<sup>247</sup>.

O aspecto político de sua atividade resulta não dessa aplicação da lei, mas, ao contrário, da independência judicial que decorre das possibilidades interpretativas diante dos limites impostos pelo acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político<sup>248</sup>. Em outros termos, deve, necessariamente, decidir e fundamentar suas decisões com base no direito vigente, mas também deve interpretar, construir, formular novas regras e acomodar a legislação em face das influências do sistema político<sup>249</sup>, pois é consciente de que, embora cada sistema mantenha sua integridade, as conexões entre eles são inevitáveis, normais e produzem modificações no interior de cada sistema<sup>250</sup>. Dessa forma, o juiz-dialógico, por um lado, sabe que a decisão judicial é um ato social e político, por meio do qual os sentidos e os significados das normas jurídicas são construídos e compartilhados coletivamente<sup>251</sup>, mas, por

<sup>245</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 55-59.

<sup>246</sup> No sentido de que a linguagem do juiz envolve também a busca pelo convencimento, Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 162.

<sup>247</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. – 8ª ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 91-92.

<sup>248</sup> COSTA, Alexandre Araújo. “Judiciário e interpretação: entre direito e política”. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

<sup>249</sup> Nesse sentido, afasta-se do *Originalism* ou do *New Textualism* de Antonin Scalia. Sobre esse método de interpretação constitucional, que rende deferência ao legislador democrático, e sua consequente relação com a autocontenção judicial, Cf. SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 3-47.

<sup>250</sup> No sentido de que, no plano ideal, há uma separação entre Direito e Política, mas, no mundo real, nem sempre essa fronteira é nitidamente demarcada, acarretando tensões, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 482.

<sup>251</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 306.

outro lado, sabe também que lhe é vedado corromper os códigos de cada sistema<sup>252</sup>, subordinando, por exemplo, as decisões jurídicas exclusivamente à lógica econômica ou política. Trata-se de um juiz, desse modo, que, ciente de que a decisão é um ato de responsabilidade política<sup>253</sup>, respeita a autonomia do Direito<sup>254</sup>.

Ademais disso, o juiz-dialógico é cômico de que tem o dever de dialogar com as partes<sup>255</sup>, para, antes de finalizar o processo de criação normativa<sup>256</sup>, compreender as suas angústias e os seus dilemas diante da lide. Nesse sentido, sabe que, para efetivamente haver diálogo, tem que estar disposto a cumprir os deveres democráticos de audição e consideração quanto aos argumentos dos envolvidos<sup>257</sup>. Logo, esse modelo de juiz não visualiza, na relação processual, a jurisdição em posição de vertical ascendência sobre as partes. Pelo contrário, embora ciente da importância de seu poder decisório, o juiz-dialógico tem a humildade de reconhecer que o processo representa uma comunidade democrática de diálogo, em que este, o diálogo, significa, antes de tudo, uma atitude de saber ouvir<sup>258</sup>.

Além disso, o juiz-dialógico é paciente, pois não tem a ansiedade de sentenciar ou de demonstrar o seu poder decisório, que fica reservado para a solução de casos excepcionais, colocando-se em uma posição meramente subsidiária na estrutura do procedimento. Dessa forma, ressalvados os casos envolvendo direitos absolutamente indisponíveis ou de extrema urgência, o juiz-dialógico, mesmo ciente do dever de julgar, preocupa-se, primeiramente, com o diálogo e a aproximação dos sujeitos do litígio, funcionando como um interlocutor social, para aproximar as partes e as instituições na busca de uma solução de consenso<sup>259</sup>.

<sup>252</sup> Sobre o tema, genericamente, Cf. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 219-284.

<sup>253</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010, p. 43.

<sup>254</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60-63.

<sup>255</sup> Acerca do diálogo como expressão do moderno contraditório, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 65.

<sup>256</sup> CAMBI, Eduardo. *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 117.

<sup>257</sup> SILVA, Cláudio Régis de Figueiredo e. "Gestão judicial e democratização". *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 36, n. 120, out./mar. 2009/2010, p. 52.

<sup>258</sup> GOMES, Flávio Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 161-165.

<sup>259</sup> No particular, inspirado no sistema canadense, Mark Tushnet defende um modelo de jurisdição constitucional dialógica. Na visão deste autor, a partir do constitucionalismo democrático, que prega a participação popular nas discussões constitucionais, o controle de constitucionalidade não será mais exercido como autoridade de última e verdadeira palavra, permitindo, assim, compatibilizar a democracia e o constitucionalismo. Cf. TUSHNET, Mark. "Dialogic Judicial Review". *Arkansas Law Review*, v. 61, n. 2, p. 205-216, 2008. No mesmo sentido, Cf. DIXON, Rosalind. "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited". *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Journals, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

O juiz-dialógico, nessa perspectiva, considera fundamental ampliar os espaços democráticos de discussão processual e não se considera superior às partes. Trata-se de um juiz que é consciente de que a jurisdição, antes de qualquer concepção, é um método argumentativo de solução de conflitos, de modo que, especialmente em casos complexos envolvendo interesses metaindividuais, foca a sua atividade em resolver o litígio mediante o diálogo franco e sincero com as partes, enfrentando todos os seus argumentos relevantes, para construir, junto com as mesmas, a solução adequada para o caso.

Por outro ângulo, observa-se que o juiz-dialógico não deve atuar, no processo, como mero “árbitro passivo” de um jogo de regras inflexíveis preestabelecidas, a exemplo do modelo de juiz da concepção liberal da jurisdição. O juiz-dialógico sabe que o modelo atual de jurisdição decorre da transformação da própria democracia<sup>260</sup>. Em contrapartida, sabe também que não deve atuar no outro extremo, o da “concepção exclusivamente publicista do processo”, como um sujeito “emocionalmente engajado”, em total protagonismo, inclusive para não se considerar limitado pelo sistema jurídico na “arte de fazer justiça”. Não custa observar que esse indesejável juiz engajado, que é próprio de uma visão socialista de processo, relega a atividade processual das partes a um plano secundário e considera que todos os assuntos do processo são de interesse público. Diferentemente, o juiz-dialógico, do paradigma do Estado Democrático de Direito, valoriza a participação cooperativa das partes na solução dos conflitos<sup>261</sup>. Ademais, em sua atividade de tutela dos direitos e com respeito aos limites do sistema jurídico, procura promover a transformação da realidade social<sup>262</sup>, motivo pelo qual, como é próprio dos contextos da pós-modernidade, adota uma postura processual mais flexível, ou seja, com capacidade de adaptação aos dilemas do conflito, pautando-se por um progressismo calculado. Sendo assim, não atua como um conservador e mero enunciador das palavras da lei (modelo liberal), nem como um revolucionário desconstrutor do sistema jurídico, que é manipulado ao sabor de suas convicções pessoais (modelo socialista). O juiz-dialógico, enfim, é ciente de suas responsabilidades institucionais<sup>263</sup>.

<sup>260</sup> RICOEUR, Paul. “O guardião das promessas de *Antoine Garapon*”. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 176.

<sup>261</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 52.

<sup>262</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002, p. 205-208.

<sup>263</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”*. São Paulo: LTr, 2016, p. 575-585.

Ademais disso, sem perder o foco de que a atividade jurisdicional encontra limites na ordem jurídica, o juiz-dialógico caracteriza-se como um “juiz fraterno”<sup>264</sup>, assim entendido pelo fato de compreender adequadamente os conceitos jurídico e político da fraternidade<sup>265</sup>. É, por isso, um juiz consciente de que, nas questões materiais e processuais, a fraternidade é fundamento e condição para a liberdade e a igualdade<sup>266</sup>. É um juiz consciente de que o individualismo e o egocentrismo são características da sociedade moderna<sup>267</sup>, motivo pelo qual rompe com as ideias defendidas pelos contratualistas clássicos, em especial Hobbes, Locke e Rousseau<sup>268</sup>. Com efeito, diante de sua “mentalidade fraterna”<sup>269</sup>, preocupa-se

<sup>264</sup> Acerca da relação entre “judicialização da saúde pública”, “escassez de recursos” e “dimensões jurídico-políticas da fraternidade”, Cf. REIS, Sérgio Cabral dos. “Custos dos direitos x judicialização da saúde: a fraternidade como parâmetro ético-normativo da solução adequada”. *A fraternidade como categoria jurídica: da utopia à realidade*. Josiane Rose Petry Veronese, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira e Francisco Cardozo Oliveira organizadores. Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 231-267.

<sup>265</sup> Conforme preleciona Antonio Maria Baggio, a fraternidade, desprendendo-se de sua concepção como mero princípio religioso e da noção de caridade, passou a ser concebida, a partir da Revolução Francesa, em sua dimensão política. Acontece, todavia, que, diferentemente da liberdade e da igualdade, que tiveram alguma eficácia, embora ainda longe de níveis ideais, a fraternidade, com exceção da França, não se desenvolveu no pensamento democrático como princípio político, mantendo-se, assim, intencionalmente, esquecido. Os fatos demonstram que a realização da liberdade e da igualdade fracassou, apresentando-se sempre incompleta. É preciso, por conta desse fato, recuperar a interação entre esses três valores, que, se vistos isoladamente, não têm aptidão para proporcionar o desenvolvimento das relações humanas em patamares minimamente satisfatórios. Para tanto, deve-se compreender a fraternidade, em uma dimensão política adequada, como uma postura mais qualificada, se comparada à solidariedade, que pressupõe uma relação vertical entre os sujeitos. É preciso criar condições sociais para que as relações subjetivas estejam pautadas por vínculos de fraternidade. Nestes, por conta não só da consideração e respeito, mas também do reconhecimento próprio na posição do outro, conhecendo-o sem preconceitos em sua cultura e realidade, pressupõem-se uma relação horizontal que humaniza ainda mais a busca por uma vida comunitária. É na relação fraterna que se encontra o espaço em que se realiza um encontro de consciências e de culturas sem perda da identidade. Diante dessa visão, a fraternidade deve fazer parte constitutiva do critério de decisão política, contribuindo para determinar, em conjunto com a liberdade e a igualdade, o método e os conteúdos da própria política. Mais, a fraternidade deve influir no modo como são interpretadas as outras duas categorias políticas, a liberdade e a igualdade. Cf. BAGGIO, Antonio Maria. “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro 1789’”. *O princípio esquecido / 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 7-24; BAGGIO, Antonio Maria. “Fraternidade e reflexão palitológica contemporânea”. *O princípio esquecido / 2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 9-20; BAGGIO, Antonio Maria. “A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos”. *O princípio esquecido / 2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 85-130.

<sup>266</sup> RODOTÀ, Stefano. *Il diritto de avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 201.

<sup>267</sup> SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 80-89. Para aprofundar o estudo acerca da correlação entre o individualismo e a formação do Estado moderno, Cf. DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

<sup>268</sup> Para uma didática visão acerca do pensamento contratualista desses autores clássicos, por todos, Cf. LIMONGI, Maria Isabel de Magalhães Papaterra. “Os contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau”. *Manual de filosofia política*. Flamarion Caldeira Ramos, Rúrion Melo e Yara Frateschi coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2012, 97-117.

<sup>269</sup> A fraternidade deve ser elevada à condição de valor universal, pois os direitos humanos, como mediações para o desenvolvimento humano e a autonomia individual, são indivisíveis. A ideologia dominante, própria do contexto neoliberal e de uma sociedade tradicionalmente patriarcal em que se vive atualmente, não concorda com essa ideia, pois, com a previsibilidade contratual e o mínimo de regulação estatal dos mercados e da vida privada, pretende continuar com o *status quo*, que justifica, por intermédio do Direito, as relações de dominação e o aumento da desigualdade e da injustiça social. Assim, para a construção de uma mentalidade fraterna,

verdadeiramente com concepções substanciais de democracia e de desenvolvimento sustentável, pois a fraternidade pressupõe a consideração e o respeito pela vida das outras pessoas, vistas como iguais, não de forma abstrata, mas nas práticas sociais<sup>270</sup>. Ademais disso, preocupa-se com o “ser humano concreto”<sup>271</sup> e seus reais problemas, afastando-se do excesso de abstrações.

Não é difícil visualizar, nessas condições, que se trata de um “juiz humanista”, que não se comporta de maneira mecanicista no processo, procurando livrar-se a qualquer custo do seu ofício, nem se seduz por discursos ideológicos que só propagam um estado de insensibilidade social<sup>272</sup>. Trata-se de um juiz que se preocupa com as suas condições de legitimidade e a com a efetividade dos direitos humanos<sup>273</sup>. O juiz-dialógico, assim, movido pela dimensão normativa da fraternidade e pelo vínculo de responsabilidade institucional da democracia, procura resgatar, em seu cotidiano, o que realmente importa na vida, que é o respeito e a preocupação com o próximo<sup>274</sup>.

rompendo com esse modelo hegemônico, revela-se fundamental um movimento circular de interdependência mútua entre liberdade, igualdade e fraternidade, inclusive com a finalidade de vínculos de reciprocidade cotidiana, os quais têm o condão de modificar os valores da comunidade. A fraternidade, nesse contexto, não deve ficar apenas no plano teórico, mas sim como conduta capaz de afetar, positivamente, o círculo social em que é praticada. Cf. SILVA, Ildete Regina Vale da. “Fraternidade e Direito: em busca da paz”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 133-162.

<sup>270</sup> CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de Direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016, p. 12 e 105.

<sup>271</sup> Defendendo essa análise no âmbito das questões trabalhistas, Cf. SUPIOT, Alan. *Crítica do direito do trabalho*. Tradução de António Monteiro Fernandes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 296.

<sup>272</sup> Na realidade, antes de ser uma característica do modelo ideal de juiz, é preciso, atualmente, humanizar a própria sociedade, cada vez mais insensível e propensa à banalização das injustiças. O humanismo é uma categoria constitucional que decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito. Apesar de o humanismo ser a finalidade do Direito, que é apenas uma mediação social para concretizá-lo, percebe-se que a sociedade atual, marcada pelos valores capitalistas, tende a se afastar dos ideais de fraternidade. Imperam o individualismo e os projetos pessoais. Os vínculos de reconhecimento são extremamente frágeis e supérfluos, pois a agregação majoritária e socialmente valorizada ocorre a partir dos produtos que consomem. Nesse sentido, Cf. BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 2ª Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37-38.

<sup>273</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Compromisso com o direito e a justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 129.

<sup>274</sup> O “próximo”, na dimensão da fraternidade, deve ser visto como irmão de uma única raça existente, a raça humana, não obstante as naturais diferenças existentes entre as pessoas. Nos termos do artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Não se pode esquecer, nessa linha de argumentação, que o respeito à dignidade da pessoa humana é uma regra que não admite ponderação ou aplicação da máxima da proporcionalidade. Não se deve respeitar mais ou menos a dignidade da pessoa humana. Não há meio termo. Deve-se procurar a criação de sentimentos comunitários, rompendo-se com o novo estado de natureza que o capitalismo espoliativo tem imposto. Ser fraterno é, acima de tudo, saber ouvir o próximo, concordando ou não com sua opinião, dando-lhe, sempre, o direito de exteriorizar seus pensamentos e ideias. Diferentemente da solidariedade, as pessoas que se colocam em relação de fraternidade estão em condições de igualdade, ou não se veem com ares de superioridade. Como conceito político, a fraternidade precisa ser vista como o guia por excelência das democracias contemporâneas, como motor do comportamento do Estado e da sociedade, notadamente quanto ao respeito aos direitos fundamentais, enfim, deve ser visto como o instrumento de legitimação do Estado Democrático de Direito, que deve comprometer-se com atores até então

Sendo assim, o juiz-dialógico é ciente de que os textos normativos, por si, apesar de servirem à delimitação de condutas, são insuficientes para o surgimento de um modelo fraterno e democrático de comportamento judicial<sup>275</sup>. Por isso, consciente do seu dever, ele não é um juiz acomodado; pelo contrário, é um juiz que procura colocar em prática os valores democráticos e fraternos no processo, considerando a perspectiva de todos os envolvidos no litígio.

É fato que, no Brasil, ainda é insuficiente a presença de cidadãos informados e ativamente engajados na esfera pública. Se a investigação for no campo da jurisdição estatal, a tradição jurídica brasileira passa longe de soluções ideais, pois o Poder Judiciário sempre se apresentou como uma estrutura socialmente fechada<sup>276</sup>. Dessa forma, o juiz-dialógico procura romper com o dogma de que o processo é um ambiente apenas para as partes que constam na

---

desconhecidos e com respeito ao pluralismo. Em outros termos, a fraternidade põe em evidência o vínculo de responsabilidade institucional da democracia quanto à realização dos direitos humanos e ao respeito às pessoas e o papel do Estado na ordem internacional, o qual é de sempre buscar a paz mundial. Nesse sentido, Cf. WÜLFING, Juliana. “Sociedade paradoxal: qual o espaço da fraternidade?”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 285-300; GARCIA, Antonio Carlos Marini. “Fraternidade e cooperativismo: breves reflexões”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 301-323; FALLER, Maria Helena Pereira Fonseca. “O princípio da fraternidade e o constitucionalismo moderno: uma nova possibilidade de leitura das constituições contemporâneas”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 353-382; VERONESE, Eduardo Rafael Petry. “I nuovi ruoli del diritto dinanzi all’ordine internazionale: analisi su sovranità e democrazia in Häberle e Habermas”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 383-403.

<sup>275</sup> É preciso, atualmente, superar a crise da Constituição Dirigente, imposta ideologicamente pela neoliberalismo, com comprometimento social e político com os ideais de fraternidade, os quais equilibram, por intermédio da máxima da proporcionalidade, os valores de liberdade e igualdade, orientando os novos direitos decorrentes da pós-modernidade. Observe-se que o texto constitucional não cria uma sociedade fraterna, apenas reconhece (art. 3º, I, da CF) como uma dimensão ética e valorativa que deve orientar o Estado, na formulação de políticas públicas, e a sociedade, em suas relações privadas, especialmente envolvendo sujeitos que se encontram em posição de vulnerabilidade, na construção de uma comunidade pluralista e sem preconceitos. Sobre o tema, Cf. NICKNICH, Mônica. “A fraternidade como valor orientativo dos novos direitos na pós-modernidade”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 37-67; ROSSETO, Geralda Magella de Faria. “*Principium fraternitas*: contributo a metodológica interpretativa na perspectiva da proporcionalidade”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 69-103; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; CAMARGO, Lucas Amaral Cunha. “A construção de uma sociedade fraterna como interesse tutelado pelo Direito”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 121-130; FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. “Contribuições do princípio da fraternidade para a normatividade constitucional”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 131-159; OLIVEIRA, Heloisa Maria José de; VERONESE, Josiane Rose Petry. “Famílias: diálogos interdisciplinares sobre o caráter plural das famílias contemporâneas e a incorporação do conceito de família ampliada no Estatuto da Criança e do Adolescente”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 209-229.

<sup>276</sup> Sobre a formação do Poder Judiciário brasileiro e a sua dissonância quanto às expectativas de um regime democrático, Cf. LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, p. 148-170.

petição inicial. Se a lide não é meramente individual de ordem patrimonialista, e mesmo que o processo judicial não seja a arena mais adequada na estrutura constitucional, o juiz-dialógico, quando possível, a exemplo da condução de demandas envolvendo interesses metaindividuais, procura promover o diálogo dos cidadãos e seus representantes eleitos a respeito de suas responsabilidades decisórias decorrentes do mandato.

Como se percebe, trata-se de um juiz que, na condição de interlocutor social democrático, procura ampliar, como ideal republicano, as formas de participação à sociedade civil, não apenas em uma ótica de consulta, mas também de atuação autônoma na construção da agenda política<sup>277</sup>. Com efeito, procura mitigar, por um lado, o profissionalismo político, e, por outro, proporcionar aos cidadãos, em um processo de inclusão econômica e cultural, a dignidade de serem Sujeitos da Política, a quem se deve atribuir responsabilidade compartilhada sobre a produção de bens públicos<sup>278</sup>. O juiz-dialógico, assim, pauta-se pelas dimensões jurídica e política da fraternidade<sup>279</sup>, agora entendida como o coração inteligente da democracia, regime de governo que, por intermédio de uma estrutura institucional estável, deve criar condições procedimentais de ação política as quais permitam àqueles controlar e avaliar se e como os valores de liberdade e de igualdade são realizados<sup>280</sup>.

Quanto à decisão envolvendo direitos sociais, o juiz-dialógico revela-se consciente de que as formas jurídicas, se consideradas a partir do conceitualismo que marca a esfera pública brasileira e sem nexos de interdisciplinaridade, podem tornar o jurista um opressor<sup>281</sup>. Nessa perspectiva, sabe também que, como todo sistema normativo é inevitavelmente produtor de vítimas<sup>282</sup> e se vive atualmente em um cenário de flagrante banalização da injustiça social<sup>283</sup>,

<sup>277</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 218.

<sup>278</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 67, 91, 100, 103 e 112.

<sup>279</sup> A fraternidade, como se percebe, não se apresenta apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio ativo, motor de comportamento, da ação do ser humano, como uma conotação essencialmente moral. Há, a partir da sua concepção, uma verdadeira ruptura em relação ao atual paradigma de relações sociais, públicas ou não. Por seu intermédio, cada cidadão, como membro da comunidade, passa a ter responsabilidade pelo próximo, e se promove uma nova metodologia de aplicação dos direitos humanos. Cria-se, assim, a ideia de dever de responsabilidade fraternal das autoridades públicas e dos sujeitos particulares, contribuindo para se repensar o desenvolvimento do sujeito institucional ou economicamente mais dotado. Nesse sentido, Cf. AQUINI, Marco. "Fraternidade e direitos humanos". *O princípio esquecido / 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 127-151.

<sup>280</sup> ROBELATO, Daniela. "Notas sobre participação e fraternidade". *O princípio esquecido / 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 85-109.

<sup>281</sup> CASTRO, Marcus Faro de. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16 e 221.

<sup>282</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Alves, Jaime Clasen e Lúcia Orth. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 373.

o predicado de destaque dos direitos sociais envolve a sua “função emancipatória”, que está além da simples função regulatória<sup>284</sup> em direção a um projeto de desenvolvimento socioeconômico<sup>285</sup> e, com efeito, da própria ideia de democracia<sup>286</sup>. É ciente de que, a partir da aplicação das normas internacionais nessa matéria<sup>287</sup>, é fundamental estabelecer as

<sup>283</sup> DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 19-25.

<sup>284</sup> CAPLAN, Luciana. “Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica”. *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise vinte anos depois*. Cláudio José Montesso, Marco Antônio de Freitas e Maria Coêlho Borges Stern coordenadores. São Paulo: LTr, 2008, p. 285-286.

<sup>285</sup> O direito ao desenvolvimento, previsto em Declaração específica adotada pela ONU (1986), demanda uma globalização ética e solidária. Assim, as crises sucessivas do capitalismo, as falhas de mercado, a concentração do poder econômico e a assimetria entre as nações têm deixado clara a necessidade de os Estados atuarem no espaço econômico, não apenas para criar condições para o acúmulo de capital, mas, a fim de superar a sempre crescente exclusão social, para cuidar de valores éticos, pois, sem eles, sem finalidades morais, a economia contemporânea não readquire seu necessário equilíbrio. Impõe-se, portanto, demarcar posição no Brasil. O Libertarianismo representado por Robert Nozick, que prega um Estado minimalista em todos os setores, sequer deve ser cogitado. O Liberalismo Igualitário de John Rawls, embora seja um avanço, também não se revela suficiente, dado o elevado quadro de exclusão e desigualdade sociais, sendo por tudo isso demasiadamente abstrato e teórico. Os cidadãos brasileiros, em sua larga maioria, ainda não têm liberdade efetiva, são carentes, infelizmente, de necessidades básicas, de modo que as instituições por aqui ainda não estão bem ordenadas. A sociedade brasileira, desse modo, tendo em vista o potencial destrutivo da globalização econômica, deve adotar uma teoria tridimensional da justiça, incorporando, com base na lição de Nancy Fraser, a dimensão política da “representação” ao lado da dimensão econômica da “distribuição” e da dimensão cultural do “reconhecimento”, evitando, desse modo, má distribuição de riquezas e falso reconhecimento de categorias que se posicionam socialmente em situação de maior vulnerabilidade. A base da mudança rumo ao desenvolvimento, por certo, está além de instituições abstratas, pois, como preleciona Amartya Sen, passa pelo fortalecimento da democracia, corrigindo-se paulatinamente os atuais e notórios déficits de representatividade mediante a ampliação de condições de efetiva participação popular nos destinos do país. Pressupõe a remoção das principais fontes de privação de liberdade, como a pobreza e a tirania, a carência de oportunidades econômicas e a destituição social sistemática, a negligência dos serviços públicos e a intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. A mudança, portanto, não é automática, exige ativismo de cidadãos politicamente engajados, o que reforça a necessidade de se investir em educação de qualidade no Brasil. Devem-se criar, em outros termos, todos os meios para que essa participação não seja meramente formal e simbólica, mas sim com capacidade concreta de influência no processo decisório, tornando, assim, a sociedade mais justa. Uma das opções, certamente, mas não a ideal, passa pela judicialização de direitos sociais, a exemplo das questões relacionadas à saúde pública. Nesse sentido, Cf. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. IX; RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pissetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12-19; GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 64-65; VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 205-215; FRASER, Nancy. “Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado”. *Revista Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 77, p. 17-21, 2009; HONNETH, Axel. “A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo”. *Civitas*, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 345-368, set./dez. 2009; SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 384-389; SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18. Especificamente sobre o direito ao desenvolvimento, Cf. RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>286</sup> Acerca da correlação direta entre a eficácia dos direitos sociais e o desenvolvimento da democracia, ilustrativamente, Cf. FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais globais: o delicado seria o mais grosseiro*. Tradução de Carolina Alves Vestena e Guilherme Leite Gonçalves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 75-84.

<sup>287</sup> Não se pode partir para uma decisão judicial, por exemplo, ignorando as disposições do Tratado Interamericano de Direitos Humanos nessa matéria, o Protocolo Adicional de San Salvador ou o disposto no

condições para a cooperação na deliberação democrática<sup>288</sup>. O Estado, neste caso, busca corrigir normativamente as desigualdades sociais, assegurando ao povo o acesso aos bens necessários à vida com dignidade<sup>289</sup>. Busca-se, assim, constantemente, um avanço social quanto às condições de desenvolvimento na sociedade<sup>290</sup>, o que, de ordinário, ocorre por meio de políticas públicas eficientes<sup>291</sup>.

Ademais, o juiz dialógico é consciente de que deve ser afastada a tese de que os direitos sociais são revestidos de normas constitucionais programáticas destituídas da

Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ambos incorporados à ordem jurídica pátria. Em matéria de direitos humanos, existe não apenas um controle vertical de constitucionalidade, mas também de “convencionalidade” da legislação e atos administrativos. Assim, diante do caso concreto, incumbe ao juiz verificar a compatibilidade do ato questionado com a Constituição e os tratados internacionais a respeito da temática. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na perspectiva de ver concretizada a promessa de “aplicação progressiva” dos direitos sociais, reconhecendo-os como autênticos direitos fundamentais, em típica atividade de monitoramento, exige relatórios dos Estados-parte, tendo como consequência a vedação do retrocesso ou da redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos. Observe-se que, doutrinariamente, caminha-se para o Estado Cooperativo, a fim de superar a crise de poder e legitimidade do Estado soberano atual, o que somente reforça a proteção dos direitos sociais na esfera internacional. Nesse sentido, Cf. PIOVESAN, Flávia. “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas”. *Direitos fundamentais sociais*. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179-181; HÄBERLE, Peter. *O estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 4; SILVEIRA, Wladimir Oliveira de; ROCALANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

<sup>288</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmiento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 84 e 87.

<sup>289</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 85-86.

<sup>290</sup> Impõe-se perceber que os direitos fundamentais funcionam como direitos de defesa, normas de proteção de institutos jurídicos, garantias positivas do exercício das liberdades e no dever de proteção, funções essas que devem ser compreendidas em uma “relação de complementariedade”, viabilizando as concepções modernas de democracia e cidadania, já que àqueles, na correta percepção de Celso Lafer, “baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios”. Enfim, o cidadão apenas terá liberdade real de participação no processo político, comunicando a sua existência e as suas preferências, quando deixar de se preocupar com questões básicas da sua sobrevivência ou das suas necessidades sociais mais imediatas e que são inerentes à sua condição humana (saúde, alimentação, educação, trabalho, habitação etc.), sendo essencial, para a consolidação da democracia real no Brasil, a efetividade dos direitos sociais. Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 130; ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 15-20.

<sup>291</sup> Esse fortalecimento da democracia e da justiça social, os quais pressupõem a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, é componente indispensável à concepção do direito ao desenvolvimento, que, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, como educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda. Demais disso, compreendem, no direito ao desenvolvimento, os princípios da inclusão, igualdade e não discriminação, especialmente nas questões envolvendo igualdade de gênero e necessidades dos grupos vulneráveis. Para a plena realização do direito ao desenvolvimento, é imperioso reformar as instituições internacionais, especialmente do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, quanto ao comércio, à dívida e à transferência, a ponto de se garantir, sempre, um orçamento mínimo e básico aos Estados, para salvaguardar os direitos humanos.

possibilidade de concretização sem a interferência prévia do legislador<sup>292</sup>. Nesse sentido, os direitos sociais têm como fundamento o princípio da igualdade e, uma vez positivados no texto constitucional, possuem força normativa, sendo impertinente, repita-se, a tese de que são meras proclamações políticas ou exortações ao Estado desprovidas de força vinculante<sup>293</sup>. Logo, não existe opção, os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, vinculam o Estado e os particulares, que não podem ser furtar quanto à observância da Constituição, pois a deferência ao legislador é meramente relativa<sup>294</sup>.

É preciso perceber, porém, com base na formação do juiz-dialógico, que os direitos sociais, além da textura aberta e da cláusula de irrenunciabilidade, caracterizam-se pela sua “implementação progressiva”<sup>295</sup>, respeitando os limites orçamentários, por meio da chamada “reserva do possível”<sup>296</sup>. Não são direitos contra o Estado (de defesa), mas sim, via de regra, direitos por intermédio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais

---

<sup>292</sup> Essa concepção, como afirma Daniel Sarmento, “implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais”, não servindo de parâmetro em relação ao sistema constitucional brasileiro, que consagra a eficácia imediata dos direitos fundamentais, sem distinção (art. 5º, § 1º, da CF), bem como à importância destes direitos para a sociedade. Cf. SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 404.

<sup>293</sup> Em outras palavras, o caráter programático desses direitos não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, frustrando justas expectativas nele depositadas pela sociedade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por uma atitude irresponsável de infidelidade ao modelo traçado pela própria ordem jurídica pátria. A tese de que as normas programáticas carecem de eficácia e possuem natureza meramente política, certamente, já está ultrapassada, pois reflete o pensamento do Estado Liberal de Direito, o qual, como sabido, prega a redução intervencionista estatal em setores sociais, imperando a força do mercado com as nefastas consequências já conhecidas. Sendo assim, como as normas constitucionais relativas à justiça social, inclusive as programáticas, não são meras exortações ou conselhos de simples valor moral, mas sim comandos de conteúdo jurídico, se este for violado no caso concreto, deve ser acionado o devido controle judicial de constitucionalidade, sendo meramente ideológico o pensamento que exige uma intermediação legislativa. Dogmaticamente, portanto, os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, cláusulas pétreas, tendo o princípio da proibição do retrocesso o seu núcleo essencial, o que possibilita a construção de espaços de luta pela dignidade. Com efeito, o Estado, após reconhecê-los, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, obriga-se, para não atacar o texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar, mediante supressão total ou parcial, os direitos sociais já concretizados. Em outras palavras, o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. Nesse sentido, Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55-57.

<sup>294</sup> Observa Robert Alexy que “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512-513.

<sup>295</sup> Vale dizer, conforme previsto no art. 2º, § 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os direitos sociais, conforme preleciona Flávia Piovesan, “estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e por meio da assistência e cooperação internacionais, até o limite dos recursos disponíveis”, com vistas a alcançar progressivamente o bem-estar da população. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

<sup>296</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 740.

(políticas sociais) que viabilizem o seu gozo<sup>297</sup>. São direitos que, por apresentarem maior abstração, generalidade e impessoalidade, são mais sensíveis às modificações sociais, servindo essas mudanças para aumentar ou diminuir a sua concretização<sup>298</sup>. Por outro lado, também sabe o juiz-dialógico que já está superado o discurso de que apenas os direitos sociais implicam obrigações de fazer e acarretam custos ao erário<sup>299</sup>. Trata-se, enfim, de questão complexa, mas não restritiva aos direitos prestacionais.

Ainda quanto à sua visão acerca dos direitos sociais, o juiz-dialógico, influenciado pela correlação entre Ideologia e Direito<sup>300</sup> e pelos efeitos deletérios da globalização

<sup>297</sup> KRELL, Andreas J. “Direitos sociais”. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 249.

<sup>298</sup> AGRA, Walber de Moura. “Limites à efetivação dos direitos fundamentais”. *Constituição e efetividade constitucional*. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite coordenadores. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 288.

<sup>299</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 86. A distinção entre “direitos de defesa” e “direitos a prestações” normalmente é utilizada para justificar uma maior eficácia judicial dos primeiros, já que, ao contrário dos segundos, supostamente têm conteúdo integralmente determinado pelo texto normativo e dependem apenas de uma abstenção do Estado, sem gerar despesas. Acontece que a concretização dos direitos de liberdade (civis e políticos) também reclama a aplicação de recursos financeiros, atraindo, igualmente, a atenção para a “reserva do possível”. Imagine-se o custo da segurança pública, do processo eleitoral e do acesso à justiça, apenas para citar alguns exemplos. Ademais, os direitos sociais também podem implicar um dever de abstenção por parte do Estado, e o seu exercício pelos titulares ficar conformado pela atuação do legislador, a exemplo do que ocorre quanto ao direito de greve (art. 9º da CF). Nesse sentido, Cf. BARRETO, Vicente de Paulo. “Reflexões sobre os direitos sociais”. *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120-121; SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 67.

<sup>300</sup> FARIA, José Eduardo. “Ideologia e função do modelo liberal de direito e estado”. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, v. 4, n. 2, p. 82-92, abr./jun. 1988. Por essa vertente de pensamento, defende-se que a questão da eficácia do direito à saúde não tem cunho científico, é meramente “ideológica”. Pretende-se reduzir o mínimo possível a responsabilidade estatal, inclusive quanto à possibilidade de interferência judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade. “Ideologia” é um termo que não possui sentido unívoco, mas, certamente, “está diretamente relacionado à maneira pela qual o Homem apreende a realidade”. Conforme preleciona Willis Santiago Guerra Filho, “o Direito como criação humana, como produção da linguagem, se encontra a todo o momento com a ideologia, e desse encontro cabe uma reflexão filosófica dos contornos e potencialidades do próprio Direito enquanto fenômeno ideológico”. A função da ideologia é fazer com que o pensamento hegemônico apareça como legítimo e, deste modo, aceitável. No caso dos direitos sociais, a premissa básica ou o ponto de partida nesta discussão diz respeito ao fato de que a lógica capitalista deve ser compatibilizada com valores que lhe são estranhos, pois a eficiência econômica não pode prevalecer, a não ser que inclua em sua estrutura a eficiência do desenvolvimento do cidadão, característica do Estado Constitucional contemporâneo. Se, consoante preconiza Costa Douzinas, “os direitos humanos venceram as batalhas ideológicas da modernidade”, uma vez que procuram priorizar o ser humano como valor fundamental da sociedade, precisa-se de uma hermenêutica emancipatória quanto à ideologia neoliberal, que compromete a efetividade dos mesmos, especialmente em matéria de políticas públicas. Em outras palavras, a racionalidade liberal de expansão material capitalista — que reprime, aliena e coisifica o homem — deve ceder espaço à (nova) racionalidade emancipatória, libertadora, um modelo crítico-interdisciplinar de reflexão analítica que não permite engodo, falácia ou pensamento colonizado. Afinal, o respeito à pessoa humana é o valor referencial das ideologias, verdadeira qualidade de *condição transcendental do processo histórico*, legitimando a atuação estatal. Sem essa noção, certamente, corre-se o risco de se adotar uma postura que, na prática, inviabilize a concretização dos direitos sociais. É uma falácia ideológica, por exemplo, a crítica da desigualdade quanto ao acesso à justiça por políticas sociais, pois ela é utilizada para negar a viabilidade judicial a todos, não apenas à classe média, mas também aos pobres. Nesse caso, o que se impõe é a ampliação do acesso à justiça em favor da população, núcleo material mínimo da dignidade humana, com a melhor estruturação da Defensoria Pública, ainda ausente em

econômica<sup>301</sup>, com reflexos sobre a qualidade da democracia representativa, reconhece que as reivindicações da “teoria crítica dos direitos humanos”<sup>302</sup> podem ser resumidas na afirmação

---

alguns Estados da Federação, bem como do Ministério Público, principal promovedor das ações coletivas, e o estímulo à advocacia, que representa a sociedade civil organizada. O discurso ideológico, de pretensões hegemônicas, procura descrever suas ideias de forma aparentemente desconectada da realidade, mas, na verdade, o respectivo contexto histórico e social é que tornam compreensíveis os argumentos pertinentes. O discurso ideológico utiliza uma linguagem valorativa que tem por objeto os próprios valores, seleciona as próprias seleções, estima as estimativas, ao indicar ao interessado como ele deve vê-las, rotula o valor e, ainda que este seja algo aberto, restringe-o, na perspectiva de convencer que a informação é verdadeira. A ideologia dominante compromete a eficácia dos direitos sociais. Ela condiciona e, concomitantemente, é fruto da organização do sistema jurídico, a qual utiliza técnicas de neutralização na busca de consenso, de modo que o Direito funciona como instrumento de dominação, já que é elaborado, de maneira abstrata, por um corpo de especialistas que detêm o monopólio da produção cultural legítima e é recepcionado por uma significativa parcela da sociedade que ignora o que as imposições de sentido têm de arbitrárias. Conforme elucida Fábio Ulhoa Coelho, o discurso ideológico, por meio do sistema normativo, dissimula as relações de dominação, criando “elaborações teóricas que ocultam o afastamento do princípio da legalidade, quando isso é necessário ao exercício do poder”, e “fórmulas racionais indispensáveis ao ocultamento das desigualdades sob a aparência de uma isonomia jurídica”. Incumbe à Teoria Crítica do Direito, nesse contexto, criar condições para a construção de espaços de libertação, a fim de garantir o exercício pleno da cidadania. Cf. PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional”. *Direito previdenciário e constituição: estudos em homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia coordenadores. São Paulo: LTr, 2004, p. 16; SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 10; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128; BASTOS, Ronaldo. *O conceito de direito em Marx*. Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 118; SILVEIRA, Wladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18-19; DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 20; WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2-4; REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 99-111; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 325-333; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 534; FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Conflito e decisão no Direito*. João Pessoa: Ideia, 2008, p. 25-26; SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 11; COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. 1. ed. 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

<sup>301</sup> A globalização capitalista, que visa apenas à realização do interesse próprio e imediato de cada indivíduo, grupo social ou povo, sem a menor consideração pelo bem comum da coletividade e das gerações futuras, desagrega a humanidade, fato que reclama, atualmente, uma perspectiva de que as relações jurídicas de propriedade e de concorrência empresarial sejam substituídas por relações de uso comum e de cooperação econômica, sob a supervisão do Estado e do próprio povo, na construção de um sistema mundial de direitos humanos. A partir da globalização econômica, o objetivo de justiça social foi substituído pelo da livre circulação de capitais e mercadorias, e a hierarquia de meios e fins foi derrubada. Logo, ao invés de indexar a economia às necessidades dos homens e a finança às necessidades da economia, indexa-se a economia às exigências das finanças, e tratam-se os homens como “capital humano” a serviço da economia. Nesse sentido, sem a necessária reflexão ética, o capitalismo global caminha gerando riscos socioambientais. Da acumulação primitiva, passando pelo processo industrial até a financialização atual, o capitalismo se reinventa determinando as relações humanas como relações de consumo, inclusive no campo da saúde. Assim, pode-se dizer que a globalização, calcada na competição, nos interesses comerciais e financeiros, na lógica do mercado e no consumismo, ao invés de se basear na cooperação e na fraternidade, está levando a humanidade a um grande desastre social (exclusão, desemprego, baixos salários, descaso com a saúde das pessoas economicamente vulneráveis etc.) e ambiental. Nesse cenário em que, conforme elucida Luiz Edson Fachin, “tudo se transforma em mercadoria, mediante uma ordem jurídica que altera a cogência pela negociação, afasta o Estado-legislador do centro dos poderes e intenta limitar o Estado-juiz a retomar-se como *bouche de la loi*”, revela-se imperioso redefinir o papel do Estado e superar os entraves ideológicos que comprometem a efetividade dos direitos sociais no Brasil, para se construir um novo paradigma, agora pautado por uma agenda de inclusão social que aponte em direção ao desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático. É preciso, pois, recuperar a ética no centro das

de que “não se deve apenas contentar com a positivação dos direitos, pois é preciso concretizá-los na prática”<sup>303</sup>. Todavia, ele, juiz-dialógico, é consciente de que esses aspectos

---

discussões estatais, incentivando o exercício pleno da cidadania, inclusive participativa, em processo permanente de inclusão política e econômica, com ampliação da democracia e reforço do papel prestativo do Estado, e pelo fomento de uma cultura pluralista, tolerante, democrática e centrada nos direitos humanos. E a ética dos direitos humanos é orientada pela afirmação da dignidade e pela prevenção ao sofrimento, notadamente daqueles grupos sociais em posições de vulnerabilidade. Enfim, ao imperativo da eficácia econômica, deve ser conjugada a exigência ética da justiça social, inspirada em uma ordem democrática concretizadora de políticas públicas e planos de desenvolvimento que não garanta apenas o pleno exercício dos direitos civis e políticos, mas também, em decorrência da indivisibilidade dos direitos humanos, os direitos sociais, econômicos e culturais. Como enfatiza Judith Martins-Costa, “tal qual a economia, também o Direito não é neutro. Consiste na ruptura da neutralidade, é tecido por humana escolha, é produção de normas e tomadas de decisões”. Assim, conforme observa Oscar Vilhena Vieira, em um país “comumente tolerante e cortês com os poderosos, mas insensível com os excluídos e cruel com aqueles que desafiam a estabilidade social baseada na hierarquia e na desigualdade”, como é o caso do Brasil, impõe-se exigir justificação jurídica das decisões, inclusive, para reduzir o espaço de pura discricionariedade, no âmbito legislativo, propiciando, em respeito à transparência republicana e ao Estado de Direito, o “reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade”, os quais devem ser tratados com igual consideração e respeito no desenvolvimento de suas potencialidades. Cf. SUPIOT, Alain. *O espírito da Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 23; FACHIN, Luiz Edson. “Entre duas modernidades: a Constituição da *persona* e o mercado”. *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho e Ronaldo Lobão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 313; MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo”. *A reconstrução do Direito Privado*. Organizadora: Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002, p. 617; VIEIRA, Oscar Vilhena. “A desigualdade e a subversão do Estado de Direito”. *Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento*. Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223 e 232.

<sup>302</sup> Resumidamente, conforme essa concepção, a luta pela concretização dos direitos sociais, especialmente nos países de economia frágil, sempre em crise, envolve a própria estabilidade constitucional. Ao invés da harmonia, da total previsibilidade, do formalismo, da rígida separação de poderes, do divórcio entre o Estado e a Sociedade, características do Liberalismo, a Constituição Social na Democracia caracteriza-se pelo conflito, pelos conteúdos dinâmicos, pelo pluralismo e pela tensão sempre renovada entre a igualdade e a liberdade. Conforme preleciona Paulo Bonavides, “volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime”. Os direitos humanos, assim, devem ser entendidos como processos de luta pela dignidade humana, o que inclui a busca pela efetividade dos direitos sociais. Em outros termos, os direitos humanos são os instrumentos que permitem a constatação de indignações e a criação de condições materiais de uma vida digna. Enfim, em uma perspectiva dinâmica, os direitos humanos são as práticas que possibilitam, dentro de uma sociedade pluralista, a iniciação de processos em que grupos subordinados pela divisão social hegemônica possam conquistar suficiente poder (político, social, econômico, cultural e jurídico) com a finalidade de atingir um acesso igualitário aos bens indispensáveis à vida com dignidade. Sob uma perspectiva crítica, não se deve contentar, na atualidade, com simplesmente “ter direitos”, notadamente quando a maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso. Para não se cair na lógica mais tradicional e retrógrada do positivismo, deve-se entender que os direitos humanos não são direitos conquistados de forma definitiva, mas sim um processo para acesso aos bens. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 380-381; FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-12.

<sup>303</sup> Uma Constituição ou um Tratado Internacional não criam direitos humanos. Estes são uma convenção cultural utilizada para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto o seu reconhecimento positivado como outra forma de reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, concomitantemente, exterior e interior a tais normas. Não se deve começar, pois, pelos “direitos” positivados, mas sim pelos “bens” (materiais e imateriais) exigíveis para se viver com dignidade (liberdade de expressão, convicção religiosa, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, cidadania, alimentação sadia, tempo para o lazer e formação, patrimônio histórico-artístico etc.), pois a luta pelos direitos existe exatamente em função do injusto e desigual processo de divisão desses bens. Os direitos humanos, desse modo, seriam sempre

interpretativos não o eximem do dever de considerar os critérios da isonomia, impessoalidade e universalidade<sup>304</sup>. Sendo assim, como parâmetro decorrente da estudada dimensão normativa da fraternidade, afirma o juiz-dialógico que, mesmo que o caso concreto exija a concessão judicial da medida, deve-se considerar, em princípio, se, havendo outras pessoas solicitando-a, o Estado pode concedê-la, caso em que o seu ônus argumentativo será bem menor.

Impõe-se perceber, contudo, que o juiz-dialógico também sabe que esse critério não é único, absoluto e insuperável na fase decisória, pois, para não haver injustificável negativa na prestação jurisdicional<sup>305</sup>, revela-se possível que, a partir da análise de outros parâmetros de racionalidade decisória, o caso concreto justifique a concessão da medida, que, nessa hipótese, exigirá do juiz um esforço maior quanto à racionalidade dos argumentos apresentados na fundamentação.

Nessa perspectiva, como segundo parâmetro material decorrente da fraternidade, incumbe ao Poder Judiciário observar se o indivíduo dispõe de capacidade econômica em relação à pretensão, pois, se os recursos supostamente não são ilimitados, deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais para os mais pobres economicamente<sup>306</sup>. O marco normativo da fraternidade e as condições institucionais de reconhecimento<sup>307</sup> impõem, dessa forma, que se priorizem políticas públicas em favor dos cidadãos financeiramente hipossuficientes,

---

os resultados provisórios das lutas sociais pela vida com dignidade, entendida não de forma abstrata, como simples acesso aos bens, mas concretamente, ou seja, pelo acesso aos bens de forma igualitária, sem privilégios ou situações de opressão e subordinação. Nas palavras de Flávia Piovesan, “os direitos humanos combinam sempre o exercício da capacidade de indignação com o direito à esperança, a partir de uma gramática de inclusão”. Essa esperança de construir progressivamente um mundo melhor, inclusive, é essencial para a sobrevivência desses espaços de luta por dignidade, pois, como enfatiza Costas Douzinas, “o fim dos direitos humanos chega quando eles perdem o seu fim utópico”. Trata-se da esperança de grupos vulneráveis com um projeto constitucional de maior integração popular, solidariedade e igualdade, o que incluiu a questão da distribuição de renda no país, normalmente através de uma ação estatal criativa e de capacidade transformadora, em repúdio a indiferença social. É nessa perspectiva, portanto, que os direitos sociais, e em especial o direito à saúde pública, devem ser inseridos. Na verdade, para resolver problemas jurídicos, não se pode viver alienado em relação ao pensamento hegemônico, que domina ideologicamente a sociedade. No sentido do texto, Cf. FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Boiteux, 2009, p. 29-40; PIOVESAN, Flávia. “A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional”. *Direito previdenciário e constituição: estudos em homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia coordenadores. São Paulo: LTr, 2004, p. 14; DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 384.

<sup>304</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016 p. 153.

<sup>305</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 294.

<sup>306</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 539.

<sup>307</sup> Sobre as relações interpessoais e as condições institucionais de reconhecimento, Cf. TOURAINE, Alain. *Igualdade e diversidade: o sujeito democrático*. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998, p. 81-85.

inclusive para não se inviabilizar a garantia de outras necessidades básicas<sup>308</sup>, e a verificação dessa incapacidade financeira deve ocorrer no plano concreto, de forma que, se o indivíduo tem condições de arcar com os custos da prestação, não pode exigí-la do Estado por meio da função jurisdicional<sup>309</sup>.

Observe-se que, quanto às demandas por prestações de saúde pública, o juiz-dialógico tem a consciência de que a judicialização é inevitável no constitucionalismo contemporâneo, mas sabe também, em contrapartida, que isso significa retirar a discussão da Política para trazê-la para o Direito. Por conta das críticas principiológicas e institucionais, o juiz-dialógico sabe que não existe um direito subjetivo constitucional de acesso universal, gratuito, incondicional e a qualquer custo a todo e qualquer meio de proteção à saúde, ou seja, a

---

<sup>308</sup> O paradigma da fraternidade, neste caso, é no sentido de que os direitos sociais, especialmente o direito à saúde, quando invocados apenas a partir do texto constitucional, somente podem ser concretizados judicialmente em favor dos cidadãos que, comprovadamente, não podem usufruí-los por intermédio dos bens e serviços disponibilizados pelo mercado. Entender o contrário significa desprezar a fraternidade como marco político e jurídico de ação orientadora apta a solucionar os dilemas decorrentes do binômio liberdade-igualdade. Defende-se neste estudo, repita-se, que o fator orçamentário deve ser considerado pelo juiz, mas não pode ser encarado como um obstáculo insuperável. Deve, sim, ser compreendido como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no exercício da tutela jurisdicional. A existência do fator orçamentário, portanto, é suficiente para exigir do juiz considerável dose de cautela em relação às demandas por saúde, porém pode ser desconsiderado em consonância com os parâmetros materiais elencados acima. Como visto ao longo do texto, a questão dos custos econômicos da invocação judicial do direito à saúde, aliada às deficientes técnicas do Poder Judiciário para decidir a respeito dessa matéria, envolve um tema doutrinariamente polêmico e complexo. Vários aspectos podem ser abordados na tentativa de encontrar a solução que seja hermeneuticamente compatível com o sistema jurídico. No caso, pretendeu-se apenas analisar a temática na perspectiva da fraternidade, que possui dimensões jurídico-normativas, políticas e éticas. Sendo assim, se os recursos supostamente são escassos, devem ser estabelecidos alguns parâmetros decisórios para auxiliar o Poder Judiciário no momento de proferir a sua decisão. A fraternidade, no particular, exige um olhar diferenciado para os fatos e os demais cidadãos, potencialmente carentes das mesmas necessidades, de modo que a solução de um caso concreto não possa prejudicar a coletividade dos outros irmãos da comunidade. Com efeito, pelo menos como regra geral, devem-se prestigiar decisões que sejam propensas à universalidade, em favor de cidadãos economicamente hipossuficientes, e considerando a opção técnica e econômica disponibilizada pela Administração Pública. Se for assim, prestigiar-se-á, de um lado, a tutela da saúde das pessoas que realmente precisam da mediação estatal, e, de outro, a governabilidade, tudo isso em favor do aperfeiçoamento da democracia, da emancipação social e das boas relações interinstitucionais.

<sup>309</sup> Para romper com o plano meramente formal, deve-se ter como premissa que os direitos humanos constituem um reflexo dinâmico de valores relativos aos bens essenciais ao desenvolvimento de uma vida digna, construídos a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Importa compreender, nesse contexto, que os direitos sociais não estão nos textos normativos, são concretizados, normalmente por meio de uma racionalidade de resistência contra-hegemônica, a partir deles, emancipando o cidadão dos processos de dominação e dependência. Cumpre, assim, reafirmar a principal conclusão deste trabalho: a força normativa dos direitos sociais, como condição de efetiva liberdade, não limita a tutela judicial à concessão do mínimo existencial. Ao Poder Judiciário, portanto, como sujeito essencial neste processo, impõe-se à garantia das *condições necessárias ao desenvolvimento do cidadão* em relação a fatores que permitam a participação de todos quanto à realização de um projeto razoável de vida (autonomia privada) e à formação da vontade coletiva (autonomia pública), concretizando, desse modo, a Constituição. Ao Estado, em matéria de políticas públicas, não incumbe apenas concretizar o mínimo inerente à vida digna, especialmente quando se trata de educação emancipatória, mas sim, considerando as limitações fático-jurídicas porventura existentes, estabelecer *progressivamente* a melhoria de condições de desenvolvimento do ser humano, sendo essa a função do Estado pós-moderno. Em relação ao mínimo, certamente, o Judiciário não pode se escusar da tutela, mas, em contrapartida, só se pode falar em mínimo existencial em uma análise comparativa quanto às condições fático-jurídicas que condicionam ou restringem a concessão da medida. Se, eventualmente, não existem maiores restrições, inclusive quanto aos limites orçamentários, deve-se conceder o máximo, já que as normas de direitos sociais também são imperativas.

implementação de política pública de saúde não se traduz no dever de fornecer gratuita e incondicionalmente, a qualquer pessoa, independentemente da sua condição, todo e qualquer serviço ou prestação médica ou farmacêutica, mas sim os considerados mais adequados do ponto de vista técnico, social e de saúde pública, que sejam compatíveis com a força da nação e que permitam acesso universal e igualitário. Trata-se de questão que pressupõe juízos científicos e políticos, com formulação de escolhas, que importam inclusões e exclusões. Nesse sentido, para que não se crie um arbitrário clima de decisionismo, o juiz-dialógico sabe que deve construir um modelo decisório e procedimental em que, no final, pelo menos no plano ideal, não haja perdedores e vencedores, mas sim, por adotar parâmetros racionais de funcionalidade e eficiência, para o bem do governo e da comunidade, um aumento na qualidade das prestações de saúde pública.

É inegável, nesse contexto, que a atuação judicial em matéria de políticas públicas deve ser revestida de excepcionalidade<sup>310</sup>, em situações preferencialmente objetiváveis e voltadas ao ideal de universalização, situações essas que, certamente, permitem maior controle e estabelece segurança jurídica quanto à garantia da tutela de direitos. Nestas situações, que serão definidas no curso desta tese, todavia, não há afronta aos princípios democrático e da legalidade. Em complemento a essa informação, impõe-se observar, agora, como ele, juiz-dialógico, comporta-se no momento de fundamentar democraticamente suas decisões.

---

<sup>310</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. “Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites”. *Direitos humanos, democracia e república*. Estudos em homenagem a Fábio Konder Comparato. Organização de Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Claudineu de Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p 711.

## CAPÍTULO 2: É POSSÍVEL DECIDIR DEMOCRATICAMENTE NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA?

No presente capítulo, pretende-se demonstrar que, de modo geral, é possível justificar racional e democraticamente casos complexos, a exemplo dos litígios estruturais envolvendo demandas por prestações de saúde pública<sup>311</sup>. O intuito é refletir sobre o procedimento de justificação decisória do juiz e os seus critérios de interpretação do Direito, com especial destaque para as considerações que merecem os textos normativos, os precedentes jurisprudenciais e as alegações das partes. Trata-se, portanto, do problema da racionalidade da justificação dessas decisões, a partir da diferença entre a decisão em si e a atividade justificatória do seu resultado. Como o Direito deve guiar as condutas, impõe-se estabelecer parâmetros seguros de controle do comportamento judicial. Nesse sentido, partindo da premissa de que teorias da argumentação e hermenêutica jurídica não são excludentes entre si, justifica-se o capítulo, pois só se podem estabelecer parâmetros decisórios de correção acerca da tutela judicial do direito a prestações de saúde pública, após verificar os pressupostos genéricos quanto à racionalidade decisória.

### 2.1 PRESSUPOSTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DEMOCRÁTICA

Ser democrático, em sentido tradicional, é não ser arbitrário e respeitar as garantias fundamentais. Nesse sentido, o juiz-dialógico tem uma preocupação com o seu dever de diálogo, quando expõe os fundamentos de sua decisão, permitindo o seu controle perante as instâncias competentes<sup>312</sup>. Para dialogar adequadamente, parte-se da premissa de que há uma diferença ontológica entre texto (enunciado normativo) e norma<sup>313</sup>, além de compreender que esta, a norma jurídica, não é um dado, mas uma construção de sentido por intermédio da

---

<sup>311</sup> Qualificar se uma prestação de saúde, invocada diretamente a partir da Constituição, é judicialmente exigível é um exemplo de “caso difícil”, pois diversos aspectos devem ser considerados nessa definição, conforme, ilustrativamente, foi visto no capítulo anterior. Sobre as situações que tornam, genericamente, um caso difícil, Cf. ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 149.

<sup>312</sup> Um discurso é dotado de racionalidade, quando os seus fundamentos permitem a existência de controle crítico. Nesse sentido, Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44-51.

<sup>313</sup> Trata-se, assim, da superação de um entendimento consagrado pelo positivismo jurídico. Nesse sentido, Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. “Uma nova alternativa para o direito brasileiro: o procedimentalismo”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmiento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2.

hermenêutica<sup>314</sup>. Percebe que há norma jurídica sem texto, a exemplo do costume jurídico, que representa a repetição de uma conduta com a consciência de sua obrigatoriedade perante a comunidade em que se insere.

O juiz-dialógico sabe que, atualmente, a “decidibilidade” é o problema central do Direito<sup>315</sup>, como um fenômeno complexo, em que o método formal dedutivo e o critério exclusivo da aferição da “vontade do legislador” não são mais adequados para a solução dos litígios<sup>316</sup>. Sabe que a decisão judicial é uma norma jurídica individualizada<sup>317</sup>, mas, a partir das lições de Friedrich Müller<sup>318</sup>, também é consciente de que ela tem uma estrutura tridimensional, composta pelo “programa da norma” (que são os dados de linguagem), o “âmbito da norma” (que são os dados reais) e, finalmente, a “norma de decisão”. Nesse contexto, é natural que ele, juiz-dialógico, perceba que a racionalidade do Direito é meramente relativa, e é exatamente nos espaços axiológicos da atividade de compreensão e aplicação das normas jurídicas que se deve procurar obter, nos limites do sistema jurídico, a decisão correta, não devendo o juiz ser guiado, portanto, pela discricionária teoria kelseniana da moldura normativa<sup>319</sup>.

<sup>314</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 305.

<sup>315</sup> Sobre a decidibilidade como problema central da Ciência do Direito, Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48-55.

<sup>316</sup> REIS, Sérgio Cabral dos. “Direito, sensibilidade judicial e legislação: breves notas sobre a ‘decidibilidade’ como questão central do sistema jurídico”. *Direito, teorias e sistemas*. Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC. Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Sergio Ricardo Ferreira Mota organizadores. Florianópolis: Insular, 2015, p. 241-257.

<sup>317</sup> Acerca da decisão como “norma jurídica individualizada”, Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 308-311.

<sup>318</sup> Conforme preleciona Friedrich Müller, os dados linguísticos são apenas o ponto de partida do processo hermenêutico. O legislador, nessa perspectiva, não cria normas, mas dados de entrada, pontos de partida para o processo de concretização. Observe-se que o programa normativo não é a norma em si, mas um juízo de valor formulado sobre o texto, a exemplo dos entendimentos jurisprudencial e doutrinário sobre o mesmo. Mas, na dinâmica da criação e aplicação do Direito, também se percebe, indutivamente, que “norma”, resultado do processo interpretativo, e “fato” estão enlaçados. Não há, pois, separação. O “âmbito da norma”, que envolve suas perspectivas fáticas, ainda não é a norma do caso. Visa à facilitação do trabalho, tendo em vista que não são todos os dados reais que são vitais para compreensão do caso. Nesse processo, naturalmente, não se pode descuidar da análise interdisciplinar. Finalmente, a “norma de decisão” surge da união do âmbito normativo e do programa normativo, que, em si, já consideraram o âmbito material e o texto normativo. Sendo assim, pela Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, observa-se que a norma-decisão, além de aderente à realidade, resulta de aproximação com o texto normativo, em respeito ao Estado de Direito, ao princípio da legalidade e à segurança jurídica. Essa teoria, portanto, com assento no novo constitucionalismo, admite a existência de um sistema jurídico aberto a valores, focando seu objeto de estudo na norma jurídica, que seria composta não somente por elementos do sistema jurídico, mas elementos interdisciplinares. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Neumann. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 2-3, 34, 41, 42, 104, 105, 131-132, 143 e 148-149.

<sup>319</sup> Observa-se que, para Hans Kelsen, o juiz, nos limites da moldura normativa, cria, sem rigidez metodológica, voluntária e livremente, um direito novo. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387-397.

Nesse sentido, ciente das possibilidades impostas pelo Estado Democrático de Direito, o juiz-dialógico procura dialogar com o legislador democrático — que lhe impõe limites semânticos por meio dos textos normativos —, com o contexto fático do caso deduzido no processo e, por consequência, com as partes, diante de suas alegações. O juiz-dialógico, portanto, compreendendo o Direito como um sistema normativo que tem pretensão à correção<sup>320</sup>, procura legitimar-se a todo instante perante os valores democráticos que incidem sobre sua atuação, levando as fontes do Direito a sério em um ambiente de necessária cultura argumentativa.

Assim, partindo da premissa de que a fundamentação democrática deve “permitir o controle da atividade jurisdicional”<sup>321</sup> e de que as teorias da argumentação têm por função orientá-lo em direção à racionalidade decisória<sup>322</sup>, o juiz-dialógico compreende que, na democracia, não basta motivar, pois também são essenciais, em termos de legitimidade, os critérios hermenêuticos e procedimentais adotados na motivação, compreendida como ato de responsabilidade política<sup>323</sup>.

Não é fácil, todavia, inserir esse parâmetro comportamental na cultura jurídica brasileira, marcada por um aparente paradoxo. De um lado, observa-se que ainda há forte influência da ideia de Calamandrei, no sentido de que decidir é marcadamente um “ato de sentimento”<sup>324</sup>, ou seja, para “fazer justiça”, o juiz deve decidir apenas com base em sua “consciência”, sendo insuficiente a lógica formal do silogismo<sup>325</sup>. Por outro lado, também faz parte da tradição brasileira, por influência da doutrina italiana, a concepção de que a decisão judicial é uma atividade declaratória e cognitiva, que resulta, nos termos de uma interpretação formalística do Direito<sup>326</sup>, de uma atividade meramente silogística, em que a atuação do juiz é similar à desempenhada por um historiador<sup>327</sup>. Nessa perspectiva, a fundamentação não

<sup>320</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 151.

<sup>321</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: apontamentos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 19.

<sup>322</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 224-226.

<sup>323</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 212-213.

<sup>324</sup> CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 115-117.

<sup>325</sup> CALAMANDREI, Piero. “Justiça e política: sentença e sentimento”. *Processo e democracia: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 48-49.

<sup>326</sup> Acerca da interpretação formalística do Direito, Cf. CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 153-154.

<sup>327</sup> CALAMANDREI, Piero. “Il giudice e lo storico”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, v. XVI, p. 105-128, 1939.

passaria de um relatório do raciocínio lógico empregado na decisão<sup>328</sup>, fazendo com que esta, em vez de ser um discurso de justificação racional, passe a ser um discurso de imposição de vontade, dificultando a existência de razoável controle republicano sobre a mesma<sup>329</sup>.

Decidir democraticamente, todavia, é algo complexo<sup>330</sup>. É preciso encontrar, nesse contexto, uma solução que se coloque entre subjetivismos antidemocráticos e objetivismos excessivamente abstratos no processo interpretativo. Em outros termos, precisa-se encontrar um modelo decisório em que as concepções ideológicas do juiz cedam espaço à autonomia do Direito e à coerência no processo interpretativo<sup>331</sup>. É preciso encontrar um modelo que, reconhecendo a diversidade de componentes que tornam a decisão judicial um ato complexo<sup>332</sup>, tenha como premissa a tese de que esta deve ser motivada por um discurso justificativo, que surge como resultado do raciocínio justificativo<sup>333</sup> por intermédio de argumentos válidos e controláveis. Trata-se de um modelo que, por critério de responsabilidade política, impõe à decisão judicial o dever de justificar-se interna e externamente (funções endoprocessual e extraprocessual da fundamentação<sup>334</sup>), sem prejuízo de produzir decisões minimamente universalizáveis.

<sup>328</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 56-57. Para Enrico Tullio Liebman, para não ser arbitrária, “é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou”. Em sua visão, para o Direito, “é irrelevante conhecer dos mecanismos psicológicos que, às vezes, permitem ao juiz chegar às decisões. O que importa, somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicos e coerentes, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente”. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. “Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença”. Tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 8, n. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983.

<sup>329</sup> TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1974, p. 168-169.

<sup>330</sup> Na realidade, conforme preleciona Alexandre Morais da Rosa, “o modo de produção das decisões judiciais é muito mais complexo e trágico do que o senso comum teórico dos juristas acolhe”. Cf. ROSA, Alexandre Morais da. “Decisão penal de democracia: repensando a partir do garantismo”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 142, jan./fev. 2015.

<sup>331</sup> No que tange às concepções político-ideológicas do juiz e à forma como são vistos pela comunidade, revela-se interessante registrar os três modelos propostos por Duncan Kennedy, a partir da divisão ideológica norteamericana entre liberais e conservadores e dos *Critical Legal Studies*: a) juiz-ativista, que sabe da aplicação de determinada regra ao caso, mas, por não concordar ideologicamente com a mesma, desloca sua narrativa, para plantar uma exceção, acreditando ser esta a melhor aplicação do direito ao caso. A aplicação do ordenamento jurídico, portanto, submete-se às preferências pessoais desse modelo de juiz, que somente se submete ao direito na impossibilidade de apontar o caso como uma exceção. Esse modelo, certamente, pode ser tanto conservador como liberal; b) juiz-mediador, que, ciente da divisão ideológica, coloca-se como observador externo e moderado, para encontrar, por intermédio de sua atividade judicial, um modo de comportamento estratégico que concilie as duas vertentes; c) juiz-bipolar, que, talvez por deficiência em teoria, posiciona-se, incoerentemente, no processo, pois, em determinados casos, coloca-se como liberal, ao passo que, em outros, como conservador. Cf. KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho*. Ensayos de teoría jurídica crítica. Traducción de Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2010, p. 38-43.

<sup>332</sup> TARUFFO, Michele. “Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 32, n. 143, p. 65-77, jan. 2007.

<sup>333</sup> MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo, RT, 2015, p. 142.

<sup>334</sup> TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1974, p. 333-334.

Para consagrá-lo, entretanto, revela-se importante afastar determinados dogmas, que ainda estão impregnados na cultura jurídica pátria. É que o exercício da jurisdição, por aqui, ainda se encontra atrelado aos paradigmas da metafísica clássica e da filosofia da consciência, pois não houve a recepção do giro linguístico, em que decidir é interpretar, e interpretar é aplicar, demonstrando que as teses objetivista e subjetivista são irracionais e antidemocráticas<sup>335</sup>.

É preciso, então, encontrar um modelo de juiz que atenda aos parâmetros mínimos do Estado Democrático de Direito. Em uma democracia, enquanto autogoverno dos cidadãos, não se podem admitir respostas afastadas da própria história institucional do Direito, a chamada “tradição jurídica”, para obedecer à subjetividade de uma só pessoa. A razoabilidade e a proporcionalidade, na prática decisória antidemocrática, são álibis teóricos que velam a mais absoluta arbitrariedade no julgamento, pois, não raramente, quando a Constituição ou as leis não dizem aquilo de que o intérprete gostaria, inventa-se um princípio que albergue a sua intenção, resolvendo-se subjetivamente o problema.

Renovadas teorias críticas ao Direito, nesse contexto, trazem ao mundo jurídico a viragem linguística, ressaltando que a linguagem não é algo que se põe entre um sujeito e um objeto. Nessa perspectiva, percebe-se que o homem é um “ser hermenêutico”<sup>336</sup>, porque seu modo fundamental de existência consolida-se compreendendo e interpretando tudo o que está ao seu redor, razão pela qual os seres humanos estão condenados a interpretar. Houve uma

---

<sup>335</sup> Conforme preleciona Fernando Vieira Luiz, a tese objetivista representa um esforço, para que seja deixada de lado, no momento da aplicação, qualquer influência valorativa do julgador. Buscam-se minimizar as brechas normativas (o problema das lacunas) e maximizar as exigências institucionais, para que os juízes decidam conforme os *standards* legais gerais por mera subsunção, em um processo lógico-dedutivo. Para atender a tal desiderato, criou-se um verdadeiro endeuamento do método. As teorias objetivistas pregam uma separação entre o Direito positivo e as considerações extralegis (cisão entre Direito, Política e Moral), as quais estariam afastadas do discurso jurídico. Nessa concepção formalista, o sistema jurídico é lógico e fechado, em que a decisão correta é dedutível de uma norma legal predeterminada, por uma operação puramente lógica. O subjetivismo, nessa perspectiva, nasce da tentativa de superação do interpretativismo objetivista, que não respondeu aos anseios de assegurar a previsibilidade das decisões judiciais (eis que abre espaços para decisionismos) ou seu grau de justiça (sobretudo como um positivismo justificador da legalidade de estados totalitários). Acredita-se, em tal visão, que o senso de justiça (intuição) será a mola mestra para a solução justa do litígio. É daí que surge a figura do juiz que julga conforme a sua consciência, aquele que é denominado pela doutrina de “juiz-solipsista”. Por esse modelo antidemocrático de juiz, a interpretação, como mero produto de sua subjetividade ou de sua consciência, consiste apenas em um ato de vontade e a sentença, diante disso, apenas um ato de sentimento. O juiz-solipsista acredita que, em qualquer situação jurídica, deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus valores pessoais, utilizando-se dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade como um ato de vontade. Quanto aos casos difíceis, o juiz-solipsista acredita que a aplicação dos princípios jurídicos decorre de ato discricionário em que a abertura de sentido deve ser produzida pelo julgador. Cf. LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2013, p. 38-39.

<sup>336</sup> Impõe-se registrar que, originalmente, a base da hermenêutica foi filosófica, especialmente com Heidegger e Gadamer.

inovação autêntica no pensamento heideggeriano<sup>337</sup> sobre o papel da linguagem na compreensão<sup>338</sup>. A linguagem passa a ser vista como condição de possibilidade da compreensão<sup>339</sup>, e não mais como um terceiro elemento que se colocava entre o sujeito e o objeto, sendo certo também, nessa perspectiva, que “o discurso articula a compreensão na linguagem”<sup>340</sup>.

Se, para Martin Heidegger, a questão central da Filosofia está no “Ser”, para Gadamer<sup>341</sup>, a questão central diz respeito ao sentido, ligado à compreensão da historicidade da realidade vivida pelo intérprete. O ato de interpretação, nesse sentido, nunca está desligado do passado, como se estivesse preso dentro do presente<sup>342</sup>. Por isso, partindo da premissa de que o Direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico e a técnica interpretativa<sup>343</sup>, pode-se dizer que os conceitos jurídicos são apenas relativamente indeterminados<sup>344</sup>, pois há sempre um sentido antecipado a título de compreensão<sup>345</sup>. O contexto interpretativo não diz respeito apenas ao presente, afinal, o reconhecimento da historicidade e da temporalidade da compreensão é de importância fundamental, para se repensar a tradição, que é construída por aquilo que os homens, interpretativamente, fazem<sup>346</sup>. Nesse viés, a tradição fornece, nas práticas particularizadas de construção de significado, a estrutura prévia da compreensão<sup>347</sup>. Essa pré-estrutura no processo de formação do sentido é um primeiro passo inevitável à compreensão<sup>348</sup>. A interpretação baseia-se em um mundo compartilhado, ou seja, na tradição<sup>349</sup>, contudo a tradição não amarra o sujeito, pois o

<sup>337</sup> Martin Heidegger desenvolve os seus estudos acerca do conhecimento preocupado com o “Ser”, que, para ele, é a questão fundamental da Filosofia.

<sup>338</sup> HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 26.

<sup>339</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 503 e 612.

<sup>340</sup> SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 115.

<sup>341</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 368.

<sup>342</sup> Acerca da constante relação entre o passado, o presente e o futuro do texto jurídico, Cf. TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Vol. 1. 3th. ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 40.

<sup>343</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. – 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 259.

<sup>344</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 208-209 e 239.

<sup>345</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 173 e 252.

<sup>346</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 12-14 e 374.

<sup>347</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. “A nova hermenêutica”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmiento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362.

<sup>348</sup> SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 146.

<sup>349</sup> Decidir não é um fenômeno jurídico simples, e a hermenêutica, nesse processo, revela-se fundamental. O Direito, por lidar diretamente com o elemento humano, que não é homogêneo, atua sob circunstâncias históricas e culturais diferenciadas. Não existe técnica jurídica que garanta, por si, que o juiz julgará bem. A hermenêutica

resultado da interpretação, realizado pelo círculo hermenêutico, pode levar a alteração, revisão ou transformação da pré-compreensão que se possuía no primeiro movimento interpretativo<sup>350</sup>.

Em agregação a essas premissas e consciente dos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito, o juiz-dialógico não segue à risca as teses do realismo jurídico norte-americano<sup>351</sup>, dentre as quais a de não prestigiar o formalismo jurídico<sup>352</sup>. O realismo jurídico, em verdade, constitui-se em um movimento cético em relação à completude do raciocínio meramente silogístico no Direito<sup>353</sup>. Não se discorda desse aspecto, porque é claro que uma

---

não se resume ao estudo das técnicas de interpretação, mas sim à compreensão do próprio ser no mundo, que se encontra envolvido com questões que é chamado a resolver, dentre elas, a jurídica. Compreender, nesse contexto, é atribuir significado a alguma coisa em função das razões que a orientam, ou seja, é indagar sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas. Observe-se que o processo de compreensão concretiza-se por meio da argumentação, que, tecnicamente, viabiliza a interpretação, ou seja, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Essa atividade, todavia, não ocorre desconectada da história, pois, não sendo a atribuição de sentido um ato de subjetividade, a compreensão é, antes, uma participação na corrente da tradição, em um momento em que se misturam passado e presente. Nesse sentido, Cf. CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 6, 7, 10, 13, 20, 21, 37, 43 e 55.

<sup>350</sup> SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 186-187.

<sup>351</sup> O realismo jurídico teve seu auge na primeira metade do século XX. As décadas de 20 e 30, pelo menos nos EUA, foram um tempo em que o realismo predominou sobre seus rivais seculares: o positivismo e o jusnaturalismo. Os realistas americanos (Oliver Wendel Holmes Jr., Jerome Frank, Karl Llewellyn e Herman Oliphant), que não eram filósofos profissionais, ao contrário dos escandinavos (Alf Ross, Axel Hägerström e Karl Olivecrona), são céticos em relação à influência que os materiais jurídicos convencionais (legislação e precedentes) têm efetivamente sobre o trabalho dos juízes. São críticos rigorosos, assim, do mito formalista, de acordo com o qual o papel dos juízes consiste em deduzir soluções para os casos concretos a partir de categorias abstratas contidas nas leis e nos precedentes. Para os realistas, o que orienta o juiz são considerações relativas à forma como os litigantes são afetados pela sentença e às consequências econômicas e políticas da decisão, assim como elementos psicológicos, suas intuições, palpites, preconceitos etc. A principal razão para não se decidir com base no direito positivo é o fato de que ele é – ao contrário do que pensam os formalistas – amplamente “indeterminado”. Assim, se o Direito não oferece solução unívoca para a maior parte dos casos, não é surpreendente que os juízes procurem materiais extraleais para apoiar suas decisões. O ceticismo em relação à determinação do Direito é um dos motivos pelos quais os realistas perderam interesse nas teorias jurídicas que se concentram na análise de categorias legais abstratas e se dedicaram à “observação da realidade” da prática jurisdicional (“profecias” sobre o que os juízes farão de fato...). Para Oliver Wendell Holmes Jr., por exemplo, o Direito é muito mais experiência do que lógica, deve ser adaptado a um fim, e o seu fim maior é o bem-estar da sociedade. No sentido do texto, Cf. HOLMES JR., Oliver Wendell. “The path of the law”. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, p. 13-19, 1897; HOLMES JR., Oliver Wendell. *O direito comum: as origens do direito anglo-americano*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1963; CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921; CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956; SAVARESE, Ralph J. “American legal realism”. *Houston Law Review*, v. 3, p. 180-200, 1966; FULLER, L. L. “American legal realism”. *University of the Pennsylvania Law Review*, v. 82, n. 5, p. 429-462, mar. 1934; FREIRE, Alonso Reis. “O pêndulo de Posner”. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 225-247, jul./dez. 2015; MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação do precedente*. São Paulo: RT, 2015, p. 49-57.

<sup>352</sup> A história da cultura jurídica moderna demonstra que há uma variação de posições formalistas e antiformalistas. Nesse sentido, por todos, Cf. VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientada dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 78.

<sup>353</sup> Nesse sentido, Cf. SCHAUER, Frederick. “Legal realism untamed”. *Texas Law Review*, v. 91, n. 3, p. 749-780, 2013; TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 159; LEITER,

interpretação mecanicista e silogística do Direito é insuficiente, para representar a complexidade do fenômeno jurídico contemporâneo, mas, em contrapartida, como bem percebe o juiz-dialógico, também é verdade que o formalismo jurídico e a coerência decisória ainda têm muito a dizer em termos de decisão democrática.

De igual modo, o juiz-dialógico não segue a tópica de Theodor Viehweg como modelo decisório<sup>354</sup>, pois, apesar de saber que a sua grande virtude foi orientar o raciocínio problemático, é consciente de que o método tópico-hermenêutico estabelece, de forma antidemocrática, um casuísmo sem limites, com o desprezo às potencialidades do formalismo<sup>355</sup>, como, de resto, não valoriza as demais fontes do Direito<sup>356</sup>. Compreende também que a lógica jurídica de Chaïm Perelman<sup>357</sup>, apesar de constituir um avanço nos estudos da argumentação jurídica<sup>358</sup>, ainda é insuficiente para uma adequada teoria da decisão judicial, pois, desprezando o caráter interativo da argumentação<sup>359</sup>, concentra-se na relação

---

Brian. "American legal realism". *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson. Malden: Blackwell Publishing, 2005, p. 50-66.

<sup>354</sup> Conforme preleciona Uadi Lammêgo Bulos, "a argumentação tópica, originada da retórica, homenageia o pensamento aberto ante um problema jurídico concreto". Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 27.

<sup>355</sup> Juntamente com Chaïm Perelman, a tópica de Theodor Viehweg critica a incapacidade do positivismo para lidar com questões controvertidas, para as quais é simplesmente impossível uma perfeita demonstração mediante critérios rígidos e infalíveis. Todo o trabalho do jurista deve orientar-se por uma aporia fundamental: a questão de saber o que é justo aqui e agora. O papel central da tópica é encontrar as premissas que serão utilizadas no raciocínio jurídico. Sendo assim, percebe-se que todo o edifício jurídico explica-se em razão da necessidade de resolver "casos concretos", sendo a tópica o modo adequado de atuação do jurista. A tópica, dessa forma, serve ao jurista prático, em especial, para encontrar os argumentos utilizáveis na justificação concreta de uma decisão. É preciso perceber, todavia, que a tópica procede de juízos fragmentários, sem a perfeita coerência de um sistema. Inclui-se em uma ordem que está sempre por ser determinada, à medida que são descobertos e esclarecidos os *topoi*, que podem ser encontrados por intermédio de "tentativas", ou seja, partindo-se de pontos de vista mais ou menos arbitrários escolhidos casualmente. Parte-se, neste caso, diretamente do problema, buscando uma ordenação capaz de resolvê-lo de forma razoável (tópica de primeiro grau). Paulatinamente, vão se formando repertórios de pontos de vista (tópica de segundo grau) relevantes para a argumentação prático-jurídica, aos quais se pode recorrer, para encontrar premissas verossímeis utilizáveis na discussão. Ao substituir a lógica formal por um processo discursivo de construção do convencimento, Viehweg passa a enfatizar a "dimensão pragmática da linguagem", que diz respeito à relação entre os signos e aqueles que os utilizam. Esse enfoque pragmático implica uma "atitude retórica" por parte do jurista. Cf. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

<sup>356</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 55.

<sup>357</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 469-558.

<sup>358</sup> MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 191.

<sup>359</sup> Defendendo que o ideal analítico não é essencialmente relevante para a argumentação prática, Cf. TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 354-359.

coerente entre as premissas e a conclusão decisória como também na ideia da “busca do convencimento” dos envolvidos na decisão<sup>360</sup>.

Desse modo, apesar de reconhecer o acerto da pretensão de convencimento da regularidade decisória como procedimento democrático<sup>361</sup>, o juiz-dialógico procura também se pautar pelas chamadas teorias *standard* (padrão) e procedimentais da argumentação jurídica, que surgiram na década de setenta do século passado<sup>362</sup>. São teorias analítico-normativas de justificação das decisões judiciais, com a crença no “uso prático da razão”<sup>363</sup>, compatibilizando-a com os valores do Estado de Direito<sup>364</sup>. São teorias incompatíveis com o chamado “positivismo metodológico”, que defende que, diante da subjetividade existentes nas interpretações em geral, toda e qualquer valoração jurídica é necessariamente arbitrária. São teorias que compreendem a palavra “justificação” em contraposição à explicação ou mera “descoberta”, pois o que mais interessa é o “contexto” de justificação.

Nesse sentido, devem-se entender essas modernas teorias da argumentação jurídica como métodos de análise de todos os aspectos relevantes dos argumentos utilizados para a justificação das decisões<sup>365</sup> (justificar a interpretação<sup>366</sup>), principalmente nos chamados “casos

---

<sup>360</sup> A “lógica jurídica” de Chaïm Perelman é uma teoria da argumentação que defende uma concepção retórica do raciocínio prático, em substituição aos modelos de argumentação dedutiva baseados na lógica formal. A argumentação, para esse autor, pressupõe a construção de enunciados verossímeis e partir de elementos que interagem constantemente e buscam confirmação mediante aceitação de um auditório, enquanto a lógica dedutiva pressupõe a construção de verdades por meio de um encadeamento de proposições. A argumentação, assim, teria três elementos: a) um discurso; b) um orador; e c) um auditório. Por auditório, entende-se o conjunto de todos aqueles em quem o orador quer influir com sua argumentação. A aceitabilidade por um auditório universal é o mais importante critério de razoabilidade para qualquer proposição normativa, incluindo-se as normas jurídicas. Chaïm Perelman sustenta que a lógica formal teria pouca aplicação no âmbito do discurso jurídico, em que não há lugar para o raciocínio dedutivo. A argumentação jurídica, diferentemente da matemática, por exemplo, lida com conceitos confusos e controvertidos, abertos a valorações políticas e morais, e deve orientar-se mais pela ideia de razoabilidade e aceitabilidade. Enquanto, na lógica formal, há uma implicação necessária entre a correção das premissas e a correção da conclusão que nelas se fundamenta, na lógica jurídica, há inevitavelmente espaço para valorações, ponderações e conclusão não estritamente fundadas em um raciocínio dedutivo. Cf. PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1-26. Estaria Chaïm Perelman correto, todavia, se estivesse sustentando que a argumentação jurídica não é apenas lógica, na medida em que a lógica é neutra em relação à escolha das premissas de uma argumentação jurídica. Se o próprio autor fala em “escolhas das premissas” de um argumento jurídico, ele implicitamente acaba admitindo o que ferozmente nega em seu argumento: a existência de uma relação entre as premissas e as conclusões em obediência às regras do silogismo prático.

<sup>361</sup> Defendendo que, na concretização dos valores normativos e na análise fática, o juiz empreende extremo rigor lógico e argumentativo no sentido de convencer os envolvidos acerca da objetividade do resultado, Cf. FAZZALARI, Elio. “Giudici, diritto, storia”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XXXVI, n. 3, p. 770, sett. 1982.

<sup>362</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, p. 703

<sup>363</sup> Sobre os pressupostos genéricos das teorias que enfocam o caráter argumentativo do Direito, Cf. ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014, p. 71-73.

<sup>364</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 171.

<sup>365</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 160.

difíceis”, em que os instrumentos positivistas apresentam-se como democraticamente insatisfatórios<sup>367</sup>. Em outros termos, trata-se de um “método de análise” racional das normas jurídicas (e das interpretações dos textos legislativos em geral), dos enunciados da dogmática, das premissas empíricas utilizadas pelos juristas, da estrutura lógica das proposições normativas, enfim, de todos os aspectos relevantes dos argumentos utilizados para a “justificação” das decisões judiciais<sup>368</sup>.

Como pressuposto das teorias da argumentação, deve-se partir da ideia de que o ponto de contato entre os autores está no reconhecimento de que o raciocínio judicial tem natureza argumentativa, mas sem abdicar das obrigatórias “racionalidade” e “previsibilidade” exigidas de todo ato jurisdicional. Trata-se de uma atividade que se realiza por intermédio da “linguagem”, supondo uma renúncia ao uso da força ou da coação psicológica como meios de resolução de conflitos. Nessa perspectiva, resta evidente que, por reconhecerem o caráter institucional do discurso jurídico, as modernas teorias da argumentação levam em conta os limites impostos pelo sistema jurídico quanto ao julgamento<sup>369</sup>. Os autores buscam, assim, construir uma teoria da argumentação jurídica que não conflite com os valores do Estado Democrático de Direito<sup>370</sup>, os quais exigem a publicidade da fundamentação das decisões judiciais. Logo, visualizam que a atividade de interpretação não é nem totalmente construtiva, nem integralmente descritiva, mas reconstrutiva e situacional de sentidos mínimos de dispositivos normativos<sup>371</sup>. É um processo discursivo baseado em argumentos<sup>372</sup>, estruturado por métodos e guiado por teorias que envolvem um entrelaçamento de atividades descritivas e criativas.

---

<sup>366</sup> AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 78.

<sup>367</sup> PECZENIK, Aleksander. *The basis of legal justification*. Lund: Peczenik, 1983, p. 35.

<sup>368</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45-57.

<sup>369</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. Atlas, 2009, p. 67.

<sup>370</sup> Por todos, Cf. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning (law, state e practical reason)*. Oxford: Oxford University, 2005, p. 12-17.

<sup>371</sup> Como esclarece Humberto Ávila, “daí se dizer que *interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentido*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 33-34. Assim, no processo de aplicação do Direito, não existe mera subsunção de um conceito pré-concebido. A atividade desempenhada pelo aplicador do Direito é exatamente dar a significação racional, por intermédio da interpretação, da linguagem contida nos textos normativos. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

<sup>372</sup> Para Manuel Atienza, o discurso jurídico apresenta argumentos formais (resolvem problemas formais), materiais (resolvem problemas morais, políticos, jurídicos etc.) e pragmáticos (problemas interacionais dialógicos e, portanto, de retórica). Cf. ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014, p. 103-121.

Ainda que seja discutível a cisão de discursos jurídicos<sup>373</sup>, deve-se perceber que uma adequada teoria da argumentação jurídica abarca tanto matérias relacionadas à “lógica jurídica” (justificação interna) — que trata fundamentalmente do encadeamento de proposições, sendo que de umas (as premissas) se podem inferir outras (as conclusões) por força do silogismo jurídico — quanto matérias sobre “axiologia jurídica” e “teoria da interpretação” (justificação externa), visando a um incremento de racionalidade na fundamentação e na aplicação prática e garantista do Direito, na máxima medida possível<sup>374</sup>. Uma adequada teoria da argumentação jurídica, assim, possui a função de formular conceitos por meio dos quais um jurista pode entender sua ação melhor que antes, sendo um instrumento para uma maior compreensão dos juízes e podendo também influir e modificar a própria prática social<sup>375</sup>.

De acordo com a teoria da argumentação de Neil MacCormick, justificar imparcialmente uma decisão é dar razões que demonstrem que ela está correta tanto do ponto de vista estritamente jurídico-positivo quanto à luz da exigência de “universalidade”<sup>376</sup>, que marca o pensamento propriamente denominado “jurídico”<sup>377</sup>. Essa visão, certamente, é interessante quanto às decisões envolvendo prestações de saúde pública, e o raciocínio jurídico, nessa perspectiva, aparece como um “caso especial”<sup>378</sup>, extremamente institucionalizado, de raciocínio moral<sup>379</sup>. Isso faz valer, para a argumentação jurídica, muitas das regras e exigências que são ordinariamente pressupostas para o discurso moral. Para Neil MacCormick, a justificação jurídica pode ser de primeira ordem, que é formal e estrutural, e de segunda ordem, que é fundada em argumentos morais, éticos e políticos<sup>380</sup>.

Conforme a teoria de Neil MacCormick, a justificação de primeira ordem ou de primeiro nível é a justificação lógica em sentido estrito. A exigência de correção lógica — e

<sup>373</sup> Klaus Günther, por exemplo, distingue discursos de justificação (validade moral) e de aplicação (juridicidade, adequabilidade e coerência). Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. VII-XVI.

<sup>374</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*. Traducción de Pablo Larrañaga. México: Fontamara, 1999, p. 71-114.

<sup>375</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 357-365.

<sup>376</sup> De igual modo, defendendo que “uma forma de argumentar marcada pela racionalidade está preocupada com sua generalização possível em casos futuros”, Cf. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 77.

<sup>377</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103, 120-121 e 132.

<sup>378</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, p. 290-291, jan./jun. 2013.

<sup>379</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 354-355.

<sup>380</sup> *Idem*, p. 128-137.

em particular de ausência de contradições — é uma restrição geral que se impõe sobre qualquer argumento jurídico digno de credibilidade. A justificação dedutiva é vista, portanto, como essencial, ainda que não seja suficiente para a justificação plena de uma decisão normativa, pois, sem ela, o raciocínio jurídico perde seu principal referencial, que é o princípio da justiça formal (estabelece o dever de igual tratamento para situações idênticas). Em vista do princípio da justiça formal, exige-se que todo caso seja decidido com base em uma norma jurídica enunciada em termos “universais”, produzindo a conexão necessária entre o Direito e a moral<sup>381</sup>. É também em vista desse princípio que toda decisão jurídica deve poder ser justificada por intermédio de uma estrutura silogística em que a regra jurídica em que se baseia a decisão seja enunciada em termos universais, e os fatos tidos como materialmente provados sejam reconstruídos como uma hipótese de instanciação dessa regra<sup>382</sup>.

Sem embargo, como já dito, a justificação de primeiro nível é, na maioria das vezes, insuficiente para uma justificação adequada da decisão<sup>383</sup>. Logo, algumas críticas são deferidas quanto a esse critério. De logo, observa-se que essa justificação dedutiva tem certos pressupostos que nem sempre estão livres de indeterminação. Não há que se falar em justificação de primeiro nível, se não houver uma regra de direito válido e um critério de identificação do direito válido que tenha capacidade de ser empregado para reconhecê-la. Em segundo lugar, pode haver, na identificação da norma aplicável e na determinação dos fatos tidos como relevantes, uma série de dúvidas que, em geral, aparecem nos denominados “casos difíceis”, caracterizados, normalmente, pelos seguintes fatores: a) problemas de pertinência ou relevância; b) problemas de interpretação; c) problemas de classificação ou qualificação; d) problemas de prova<sup>384</sup>. Nesse sentido, revela-se pertinente, segundo Neil MacCormick, complementar a teoria pela justificação de segundo nível<sup>385</sup>.

---

<sup>381</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 201.

<sup>382</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23-65.

<sup>383</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 83-92. Carlos Santiago Nino também entende que não há nada de mal em considerar o raciocínio judicial como um silogismo, desde que não se visualize essa atividade como sendo meramente mecânica, pois, apesar de os juízes realizarem raciocínio dedutivo, ao fundamentar determinadas decisões, a escolha das premissas e das regras de inferência de seus raciocínios exige um verdadeiro trabalho criativo. Cf. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 295-296.

<sup>384</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 57-58.

<sup>385</sup> Para uma visão ampla acerca da justificação de segundo nível, Cf. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 127-164.

A justificação de segundo nível, também chamada de “justificação externa”, diz respeito não mais à relação entre as premissas utilizadas na argumentação jurídica, mas se refere à justificação das próprias premissas empregadas em um determinado argumento fático-jurídico<sup>386</sup>. É que as decisões jurídicas precisam ter sentido em relação ao sistema e em relação ao mundo, além do fato de o Direito não ser hermeticamente isolado da moral e da política<sup>387</sup>. Sendo assim, para ter sentido em relação ao sistema, devem ser observados dois requisitos: consistência e coerência<sup>388</sup>.

Segundo Neil MacCormick, entende-se por consistência a ausência de contradição com normas estabelecidas de modo válido, e, por coerência, algo que vai além dessa mera noção formal<sup>389</sup>. Enquanto a consistência é uma questão de tudo ou nada, a coerência pode variar em graus. A incoerência reside no fato de que as duas regras, quando tomadas em conjunto, não fazem sentido em relação ao sistema jurídico. Fala-se em coerência narrativa, que estabelece um teste em relação a questões de fato, e em coerência normativa, que pressupõe conexões de sentido e de justificação entre as normas atribuídas pelos princípios fundamentais desse sistema<sup>390</sup>. Como o argumento a partir dos princípios, todavia, permanece inconcludente, já que a compreensão dos princípios depende de valorações dos intérpretes, Neil MacCormick sustenta que, nos casos difíceis, é necessário, frequentemente, o uso de argumentos consequencialistas<sup>391</sup>, para se suplantar a indeterminação dos princípios. Esse aspecto, certamente, deve ser considerado nas decisões judiciais envolvendo pedidos por prestações de saúde pública<sup>392</sup>. Enfim, nesses casos, para vencer o teste de adequação, deve-se verificar, na decisão, o requisito da universalidade, o juízo de consequência e o critério da coerência<sup>393</sup>.

<sup>386</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 137.

<sup>387</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 131 e 308.

<sup>388</sup> Para uma visão ampla, na doutrina brasileira, ilustrativamente, Cf. MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. “A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil Maccormick: caracterização, limitações, possibilidades”. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai./ago. 2011.

<sup>389</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 248-249.

<sup>390</sup> *Idem*, p. 298-303.

<sup>391</sup> *Idem*, p. 135-160.

<sup>392</sup> Impõe-se observar, todavia, que são arbitrárias as decisões jurídicas tomadas exclusivamente com base em uma ética consequencialista. Nesse sentido, Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de direito administrativo*, v. 248, p. 130-158, mai./ago. 2008; CRAVO, Daniela Copetti. “Argumentos consequencialistas: legitimidade ou arbitrariedade?”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 17, n. 102, p. 85-98, jul./ago. 2016.

<sup>393</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. “A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades”. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 16, n. 2, p. 213, mai./ago. 2011.

Outra teoria moderna da argumentação jurídica, influente aqui no Brasil, é a de Robert Alexy, uma “teoria procedimental”<sup>394</sup> fundamentada no conceito de “razão prática”, que tem também entre seus objetivos defender ou criticar a legitimidade de uma prática social ou política. O discurso prático, em sua perspectiva, é visto como um procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos, e o discurso jurídico apresenta-se como um “caso especial” de discurso prático geral<sup>395</sup>, caracterizado pela “vinculação ao direito vigente”<sup>396</sup>. Há, com efeito, uma série de “limitações” que tornam a argumentação jurídica uma espécie de discurso que exige a criação de certas regras próprias<sup>397</sup>. O discurso jurídico, assim, refere-se a questões práticas, discutidas sob o ponto de vista da “pretensão de correção”<sup>398</sup>, pois é aberto para fundamentos morais, éticos e pragmáticos<sup>399</sup>, não obstante submetido a certas condições de “limitação”<sup>400</sup>.

Robert Alexy observa que um sistema jurídico que não realiza a pretensão de correção é necessariamente defeituoso, como defeituosa é uma norma jurídica que não sustente uma pretensão de correção. Ademais disso, as pretensões de igualdade e universalidade, que provêm de uma ética procedimental universalista, fazem uma ponte entre o discurso jurídico e o discurso moral. É por isso que uma decisão, que se pretende racional, também deve considerar o critério de “universalidade”<sup>401</sup>. Finalmente, defende Robert Alexy que o que é considerado correto em um sistema jurídico depende do que é institucionalmente fixado, de

---

<sup>394</sup> ALEXY, Robert. “A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica” *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 78.

<sup>395</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 19-24.

<sup>396</sup> A tese do “caso especial” procura compatibilizar a teoria da argumentação jurídica com a democracia, os direitos fundamentais e a cláusula da separação de poderes, abrangendo o lado autorizativo, institucional ou real do discurso jurídico, assim como sua dimensão livre ou ideal. De todo modo, explica o autor, “ela se ocupa daquilo que é absolutamente correto, mas daquilo que é correto no contexto de um ordenamento jurídico validamente existente e com base nele”. Cf. ALEXY, Robert. “A tese do caso especial”. *Teoria discursiva do direito*. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno organizador e tradutor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 92 e 93.

<sup>397</sup> ALEXY, Robert. “A ideia de uma teoria procedimental da argumentação jurídica” *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 80.

<sup>398</sup> Sobre os dilemas relativos à “pretensão de correção” no discurso jurídico, ilustrativamente, Cf. ALEXY, Robert. *O conceito e a natureza do direito*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 38-40, 49-54 e 73-75.

<sup>399</sup> ALEXY, Robert. “A teoria do discurso em Jürgen Habermas” *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 134.

<sup>400</sup> Nas palavras de Robert Alexy, “o discurso jurídico se distingue do discurso prático em geral através de seus vínculos. Nele não se pergunta qual é a solução absolutamente mais racional, mas qual é a solução mais racional no sistema jurídico”. Cf. ALEXY, Robert. “Teoria do discurso e sistema jurídico”. *Teoria discursiva do direito*. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno organizador e tradutor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 88.

<sup>401</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 281.

modo que uma decisão não pode contradizer autoritariamente o que foi estabelecido e deve ter uma coerência com todo o sistema<sup>402</sup>, pois, em um Estado Democrático de Direito, a argumentação jurídica está limitada pelas “leis” e “precedentes”<sup>403</sup>.

Não obstante o enquadramento na era das incertezas pós-modernas, não se pode prescindir da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito, pois a previsibilidade, inclusive das decisões judiciais, é uma consequência necessária do sistema jurídico, que deve ser coerente e harmônico, sendo inaceitáveis projetos pessoais de justiça<sup>404</sup>. É nesse contexto que se apresenta relevante falar, inicialmente, em respeito ao formalismo jurídico, como condição de comportamento judicial democrático.

## 2.2 DO RESPEITO AO “FORMALISMO JURÍDICO” COMO LIMITE E CRITÉRIO DE UMA DECISÃO DEMOCRÁTICA

Pretende-se enfatizar, neste tópico de pesquisa, que, quando decide, um juiz democrático considera os textos normativos elaborados pelo legislador democrático<sup>405</sup>, sem perder a consciência de que essa análise não exaure o processo interpretativo, que possui natureza construtiva<sup>406</sup>. Em outras palavras, o juiz, em uma democracia, não pode julgar apenas com base em sua consciência, pois se encontra vinculado à observância das fontes do Direito, dentre as quais a linguagem prescritiva da legislação, razão pela qual deve considerar o “formalismo jurídico”, pois decidir, em sentido democrático, também significa considerar os limites semânticos dos textos normativos aplicáveis ao caso.

O formalismo jurídico, mesmo na tradição do *Common Law*, caracteriza o Direito<sup>407</sup>, e, no geral, embora possa ser analisado nas perspectivas descritiva, crítica e sociológica, traduz-se na habitual preferência pelas normas jurídicas em detrimento dos valores morais<sup>408</sup>.

<sup>402</sup> ALEXY, Robert. “Fundamentação jurídica, sistema e coerência”. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 129.

<sup>403</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 548.

<sup>404</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 65-68.

<sup>405</sup> No sentido de que, se houver respeito aos textos pré-estabelecidos pelo legislador, não há que se falar em “governo de juízes”, Cf. PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Tradução e organização de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130.

<sup>406</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 152.

<sup>407</sup> SUMMERS, Robert S. “O caráter formal do direito”. Tradução de Manoel Gustavo Neubarth Trindade. *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. José Rodrigo Rodriguez organizador. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 237.

<sup>408</sup> KENNEDY, Duncan. “Legal formalism”. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Amsterdam-Paris-New York-Oxford-Shannon-Singapore-Tokyo, Elsevier, 2001, v. 13, p. 8634-8638.

Não se trata, portanto, de uma ultrapassada concepção legalista da justiça ou de uma interpretação meramente formal do Direito<sup>409</sup>. Pelo contrário, conforme preleciona Frederick Schauer<sup>410</sup>, há um sentido positivo para a expressão “formalismo jurídico”<sup>411</sup>, que, em certo sentido, significa decidir de acordo com as regras preexistentes<sup>412</sup>. Levar as regras jurídicas a sério, portanto. Nessa perspectiva, pelo fato de o juiz sentir-se previamente constrangido, o formalismo tem como relevante função limitar linguisticamente as escolhas interpretativas, acarretando, na prática, previsibilidade, universalidade em casos análogos e vedação de comportamento arbitrário<sup>413</sup>. Logo, por força do formalismo, o tomador da decisão deve ter presente a ideia de que não tem liberdade no processo decisório, mesmo que subjetivamente se convença de que a decisão adequada seria outra.

Dessa forma, a dogmática jurídica, entendida como a análise do direito posto<sup>414</sup>, deve ser levada a sério, para que as decisões judiciais não sejam antidemocráticas<sup>415</sup>. Observe-se que, além do respeito ao pressuposto democrático, considerar os textos normativos converge, mediante vínculo de racionalidade e objetividade possível<sup>416</sup>, para o cumprimento da função social da dogmática jurídica, relacionada à “neutralização de conflitos”, ao “fornecimento de

<sup>409</sup> BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016, p. 103, 105 e 118-121. Acerca da interpretação formalista do Direito, Cf. GUASTINI, Riccardo. “Due modelli di analisi della sentenza”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 4, dic. 1988, p. 993.

<sup>410</sup> SCHAUER, Frederick. “Formalism”. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988.

<sup>411</sup> No campo processual, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira defende que o método adequado para conduzir a solução das questões é o “formalismo-valorativo”, que reclama a incidência dos valores decorrentes dos direitos fundamentais e da democracia constitucional. Para um resumo dessa tese, Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217-225. Parte da doutrina, nessa perspectiva, prefere o “formalismo-valorativo” à vertente “instrumentalista” do processo, pois, enquanto o instrumentalismo enfatiza a jurisdição, o formalismo-valorativo concentra-se no processo como método democrático de formação normativa. A finalidade do formalismo-valorativo é assegurar a realização dos objetivos do processo, destacando-se a proteção do jurisdicionado contra eventual arbítrio judicial. Nesse sentido, Cf. MADUREIRA, Claudio; ZANETI JR.; Hermes. “Formalismo-valorativo e o novo processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017.

<sup>412</sup> Nessa perspectiva, o formalismo jurídico não se confunde com o formalismo metodológico. Sobre os significados da expressão “formalismo jurídico”, Cf. STRUCHINER, Noel. “Formalismo jurídico”. *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 363-366.

<sup>413</sup> Para Enrico Tullio Liebman, a revolta contra o formalismo jurídico “sempre foi uma típica característica das ditaduras, que não têm freios nem limites ao arbítrio de suas autoridades”. Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. “A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei”. Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 11, n. 43, p. 60, jul./set. 1986.

<sup>414</sup> Há, na doutrina, quem defenda o abandono da expressão “dogmática jurídica”, sob o argumento de que ela mais confunde que esclarece. Nesse sentido, Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 67-68.

<sup>415</sup> NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 436.

<sup>416</sup> Acerca da correlação entre “racionalidade” e “legislação”, Cf. ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997, p. 91-95.

subsídios para a atividade argumentativa e decisória”<sup>417</sup> e, com efeito, à “viabilização das condições do juridicamente possível”<sup>418</sup>. Ora, a função fundamental do Direito, considerado em sua estrutura relacional (entre os seres humanos e entre estes e os bens)<sup>419</sup>, é estabilizar expectativas<sup>420</sup>, de forma a permitir a cooperação social, e ao Judiciário cumpre sancionar aqueles que descumprem as suas obrigações, criando incentivos para que todos respeitem a lei.

Nessa perspectiva, impõe-se resgatar a dignidade da legislação<sup>421</sup>, vista como categoria essencial do Estado de Direito<sup>422</sup>, com a conseqüente cultura de respeito à legalidade<sup>423</sup>. Na democracia, o juiz submete-se ao Direito<sup>424</sup>, e a lei, principalmente na tradição do *Civil Law*, é o centro sistêmico da ação jurídica<sup>425</sup>, vinculando todas as pessoas, como manifestação da vontade popular<sup>426</sup>. A lei, classicamente, apesar de ter a função política de impor a ordem<sup>427</sup>, foi concebida como instrumento de liberdade<sup>428</sup>, devendo-se agregar a essa ideia a finalidade de controle democrático do poder. É que, em sua concepção democrática, o Estado de Direito pressupõe a força do Direito e, com efeito, a importância das normas jurídicas anteriores e estáveis para a sólida construção de uma democracia legitimamente institucionalizada<sup>429</sup>. Ora, a democracia moderna, por envolver a garantia dos

---

<sup>417</sup> ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15-16.

<sup>418</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 97-98 e 114-115.

<sup>419</sup> KAUFMANN, Arthur. “Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica”. Tradução de Marcos Keel. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer organizadores. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 42.

<sup>420</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 173, 175 e 182.

<sup>421</sup> No sentido de que, além de decorrer da regra da representatividade e ser uma respeitosa decisão majoritária, deve-se render homenagens à legislação, por ser uma “conquista da ação concertada, cooperativa, coordenada ou coletiva nas circunstâncias da vida moderna”, Cf. WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 190.

<sup>422</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 61.

<sup>423</sup> ZIMMERMANN, Augusto. “The rule of law as culture of legality: legal and extra-legal elements of the realisation of the rule of law in society”. *Murdoch University Electronic Journal of Law*, v. 14, n. 1, p. 10-31, 2007.

<sup>424</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 122.

<sup>425</sup> Para uma visão histórico-filosófica da legalidade, Cf. FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 255-282.

<sup>426</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 11.

<sup>427</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. “Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade”. *Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, jul./dez. 2007, p. 235.

<sup>428</sup> LACORDAIRE, J. B. H.D. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848, p. 246.

<sup>429</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53.

direitos fundamentais<sup>430</sup>, também é, em suma, um governo com procedimentos e espaços decisórios a partir da legislação<sup>431</sup>.

Observe-se que essa concepção não é um apelo à retomada dos valores da era das codificações<sup>432</sup>, dos pressupostos ideológicos da Escola da Exegese<sup>433</sup>, reduzindo o Direito à lei formal e cultuando a chamada “vontade do legislador”<sup>434</sup>, ou mesmo do “formalismo interpretativo” do século XIX<sup>435</sup>. Pelo contrário, como se sabe, o Direito não mais se resume à análise formal e descritiva de um conjunto de textos normativos<sup>436</sup>, e o sistema jurídico, apesar de operativamente fechado, é cognitivamente aberto<sup>437</sup> aos “valores ético-políticos”<sup>438</sup> e, com efeito, às questões interdisciplinares<sup>439</sup>. Trata-se, na verdade, de reconhecer que a legislação é fonte primária e democrática do processo decisório, que exige axiológico enquadramento normativo<sup>440</sup>.

Valorizar a legislação, assim, significa atribuir ao Judiciário uma funcionalidade democrática<sup>441</sup>, reforçando a confiança nos pressupostos do Estado de Direito<sup>442</sup>, pois, como se sabe, na democracia, o cumprimento das leis e da Constituição é, além de uma obviedade, uma obrigação, mormente quando se tem uma Constituição normativa. Ora, se os textos normativos foram elaborados pelo legislador democrático, impõe-se equilibrar o processo de

<sup>430</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108-109.

<sup>431</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 30 e 185.

<sup>432</sup> As codificações foram um grande projeto da modernidade, com valores próprios da perspectiva liberal do Estado de Direito. Sobre a ideia de Direito a partir desse movimento, Cf. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 20.

<sup>433</sup> Acerca dos princípios ideológicos da Escola da Exegese, Cf. TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 90-93.

<sup>434</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006, p. 83-89.

<sup>435</sup> No sentido de que o formalismo interpretativo é uma atividade “cognoscitiva, e, portanto, não volitiva, não criativa, não arbitrária, mas sim técnica, avaliativa, politicamente não comprometida”, Cf. CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Heleno Taveira Torres e Henrique Mello tradutores. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 322.

<sup>436</sup> ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 62 e 96.

<sup>437</sup> Para uma visão mais ampla do Direito como um sistema aberto, por todos, Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103-126.

<sup>438</sup> FARALLI, Carla. *La filosofia del diritto contemporanea: i temi e le sfide*. 9. ed. Bari: Laterza, 2010, p. 15.

<sup>439</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22-25 e 181.

<sup>440</sup> IRTI, Natalino. *Diritto senza verità*. Bari: Laterza, 2011, p. 66 e 68.

<sup>441</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116.

<sup>442</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 609.

criação judicial do direito, para não se afrontarem a cláusula da separação dos poderes<sup>443</sup> e a própria democracia<sup>444</sup>. É que, no processo de atribuição de sentido, o Judiciário posiciona-se entre o legislador e o povo<sup>445</sup>, ou seja, o juiz não dispõe de liberdade absoluta de julgamento, pois o caráter institucional do discurso jurídico impõe-lhe limitações, que devem ser consideradas, sob pena de ser presumido como arbitrário<sup>446, 447</sup>.

O formalismo jurídico, em princípio, tem um papel estabilizador e uniformizador da prática judiciária, pois há relativa segurança jurídica e previsibilidade quanto à observância da legislação nos julgamentos<sup>448</sup>. Como preleciona João Maurício Adeodato, embora a ordem jurídica seja feita por opções éticas<sup>449</sup>, “o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”<sup>450</sup>, fato, entretanto, que não impede uma dinâmica e atualizada interpretação compatível com a conduta social, sempre mutante<sup>451</sup>.

Assim, em um julgamento, se o juiz pretender afastar-se de um texto legal, para garantir a observância dos limites que a dogmática jurídica impõe à sua decisão, deverá empreender um particular esforço argumentativo<sup>452</sup>. Como reconhece Luís Roberto Barroso<sup>453</sup>, “sempre que possa *motivadamente* demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento”, o juiz pode paralisar a incidência de um texto normativo, ou mesmo atribuir-lhe novo sentido. O afastamento de uma regra ditada pelo legislador, para uma determinada situação fático-

<sup>443</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992, p. 39 e 212-213.

<sup>444</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Neumann. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 140-141.

<sup>445</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

<sup>446</sup> Como premissa básica, deve-se perceber que os juízes, mesmo que se assumam como legisladores negativos, declarando a inconstitucionalidade de normas, ou criadores do direito, ao elaborarem normas para a decisão do caso, estão vinculados à Constituição e à legislação ordinária, à distribuição constitucional de competências, à separação de poderes e ao princípio democrático. Nesse sentido, Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política”. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas/FGV, n. 245, p. 91, mai./ago. 2007.

<sup>447</sup> Mesmo os adeptos do pragmatismo jurídico defendem que se devem considerar os textos normativos elaborados pelo legislador democrático. Nesse sentido, ilustrativamente, Cf. POSNER, Richard. A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 402.

<sup>448</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 127.

<sup>449</sup> ADEODATO, João Maurício. “A construção retórica do ordenamento jurídico – três confusões sobre ética e direito”. *Pensando direito: fundamentos filosóficos do direito*. Coordenação de Fides Angélica de Castro V. M. Ommati, Francisco Meton Marques de Lima e Sylvia Helena Nunes Miranda. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 7.

<sup>450</sup> ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 145.

<sup>451</sup> ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143.

<sup>452</sup> SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 80.

<sup>453</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 259.

jurídica, impõe ao juiz um ônus argumentativo mais elevado, para que não se abram as portas do arbítrio e do decisionismo, ao arrepio da segurança jurídica e da democracia<sup>454</sup>.

Daí que o juiz, notadamente na definição da regra jurídica aplicável ao caso individualizado, não pode fugir da mensagem ideológica enraizada nos textos normativos<sup>455</sup>, formados também pelos valores positivados na ordem jurídica. Embora seja admitida a ponderação em certos casos difíceis, é certo que a atividade criativa do intérprete é limitada, pois tem como parâmetros a vinculação à Constituição<sup>456</sup>, à experiência jurídica e às regras da linguagem, sendo imprescindível também que a prática seja coerente, objetiva e tenha capacidade de persuadir<sup>457</sup>. Em outros termos, mesmo diante da flexibilidade e da circularidade que marcam o Direito contemporâneo<sup>458</sup>, é certo que o respeito ao formalismo jurídico é essencial para a manutenção do Estado de Direito<sup>459</sup>.

De todas as críticas ao neoconstitucionalismo, certamente, deve ser enfatizado o risco de voluntarismo judicial antidemocrático, quando utiliza princípios sem limites e despreza as regras jurídicas aplicáveis ao caso<sup>460</sup>. Para não correr o risco de banalização<sup>461</sup>, não se pode

<sup>454</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 203.

<sup>455</sup> De acordo com a lição de Eros Roberto Grau, “cumprir aos críticos do direito procurar analisar os *direitos postos* sem preconceitos ideológicos, procurando não ignorar as mensagens ideológicas cristalizadas no nível normativo (porque o nível normativo é, sempre, veiculador de mensagens ideológicas)”. Cf. GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158.

<sup>456</sup> Para uma crítica da “ponderação”, como técnica de interpretação jurídica, afirmando que o seu resultado não pode ser “o signo da incerteza política, da insegurança jurídica e do primado da autoridade (daquele que legisla, daquele que administra ou daquele que julga) e que “a única autoridade legítima é a vontade soberana do povo normatizada na Constituição, Cf. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. “A Teoria da Ponderação de Princípios na Encruzilhada do Decisionismo Judicial: limita-me ou te devoro!”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 75, p. 219-242, abr. 2017.

<sup>457</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 500.

<sup>458</sup> Para José Calvo González, o Direito contemporâneo é “curvo”, não tem mais imagem piramidal, pois, mesmo nas tradicionais de vértice e ápice do sistema jurídico, há uma circularidade que decorre da relação entre as fontes de Direito interno e do Direito Internacional. Acontece, todavia, que, por não ser “flexível”, mas sim “curvo”, o Direito, a partir dessa visão doutrinária, não despreza a estabilidade decorrente das análises formais, ou seja, considera o formalismo jurídico e, com efeito, a linguagem normativa. Cf. GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Tradução de André Karan Trindade, Luis Rosenfield e Dino del Pino. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30-31 e 36-37.

<sup>459</sup> Conforme preleciona Eros Roberto Grau, em uma democracia, não se discute a necessidade da independência judicial, mas essa deve ser desenvolvida no quadro e nos termos da Constituição e das leis, garantindo a sua aplicação. Cf. GRAU, Eros Roberto. “Estado de juizes: aquele jardim, no inferno”. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 74, jan./abr. 2017.

<sup>460</sup> Por todos, Cf. SARMENTO, Daniel. “Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 42-43 e 49.

<sup>461</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88-89.

invocar um princípio abstrato<sup>462</sup> e aplicá-lo no caso sem uma fundamentação juridicamente racional. Em outras palavras, quando se trata de conceitos vagos, a fundamentação democrática exige contextualização, e, para não incorrer em arbitrariedade, a atividade jurisdicional, ainda que realizada bem intencionada, não prescinde de um “dever analítico”, o que inclui o respeito aos espaços de cada instituição, a comparação de normas e opções, a verificação das causas e consequências, a ponderação das vantagens e desvantagens da medida<sup>463</sup>. O juiz, enfim, deve considerar os aspectos sociais em sua decisão, mas, não custa insistir, sempre com respeito à lei e ao Direito<sup>464</sup>. Nesse sentido, inclusive, é o que preconizam os incisos I e II, do art. 489, § 1º, do CPC.

Assim, revela-se essencial respeitar as regras jurídicas, ou seja, levar o seu texto a sério<sup>465</sup>, pois, assim como habitualmente reconhecido em relação aos princípios normativos, elas possuem função fundamental na configuração do Estado Democrático de Direito<sup>466</sup>. É que, se os princípios são essenciais para conferir mais plasticidade ao Direito, especialmente em sociedade plural e complexa como a brasileira, e permitem uma maior abertura topicamente argumentativa à moral e ao mundo empírico subjacente<sup>467</sup>, as regras são indispensáveis, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica aos seus destinatários, diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete, demandando um menor ônus argumentativo na sua aplicação ao caso concreto, e não implicam, na mesma medida que os princípios, uma transferência de poder decisório do Legislativo, cujos membros foram eleitos pela sociedade, para o Judiciário<sup>468</sup>.

Sendo assim, como parâmetro geral, para evitar o uso abusivo da “discrecionabilidade judicial” e, conseqüentemente, respeitar a “separação de poderes”, assegurando a

<sup>462</sup> Ilustrativamente: moralidade, isonomia, solidariedade, razoabilidade, devido processo legal, dignidade da pessoa humana etc.

<sup>463</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. “Princípio é preguiça?”. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287.

<sup>464</sup> LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. Traducción de Rodolfo E. Witthaus. 2. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1999, p. 55.

<sup>465</sup> STRUCHINER, Noel. “O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. José Rodrigo Rodrigues, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa e Samuel Rodrigues Barbosa organizadores. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

<sup>466</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 203.

<sup>467</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. “Ponderação de princípios e tópica jurídica”. *Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Alexandre de Moraes da Rosa, André Karam Trindade, Clarissa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 311.

<sup>468</sup> SARMENTO, Daniel. “Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 42-43.

“previsibilidade”<sup>469</sup> e a “isonomia” nas relações sociais, os juízes devem dar preferência à legislação ordinária, interpretando-as como “regras”<sup>470</sup>. É correto afirmar, nessa perspectiva, que o Direito pós-moderno tem dimensão transformadora e emancipatória, mas sem desprezo às potencialidades da legalidade democrática. Em outras palavras, para se afastar de subjetivismos judiciais antidemocráticos, e a jurisdição encontrar o ponto de equilíbrio que torne a sua atividade legítima, deve-se buscar, sempre, a decisão adequada para o caso, mas de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade jurídica<sup>471</sup>, ou seja, a atuação judicial não pode expressar um ato de exclusiva vontade do juiz, pois este precisa reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador<sup>472</sup>.

Deve-se compreender, dessa forma, que os juízes, por força do sistema de controle de constitucionalidade, tornaram-se integrantes do centro de produção normativa<sup>473</sup>, procurando sempre, nesse processo, a “objetividade possível”, ou seja, aquela que, na visão de Virgílio Afonso da Silva<sup>474</sup>, considera os aspectos metodológico (sopesamento ou ponderação dos argumentos envolvidos), teórico (explicitação das premissas teóricas de que se parte para solucionar o caso concreto) e institucional (possível previsibilidade, com respeito a precedentes, e controle social quanto à coerência e consistência argumentativa).

Resta evidente, dessa forma, que a atividade interpretativa a ser exercida pelo juiz não é meramente descritiva dos textos jurídicos, mas sim um ato de decisão, que, partindo-se dos traços de significação mínimos incorporados ao uso técnico da linguagem<sup>475</sup> e das

---

<sup>469</sup> STRUCHINER, Noel. “Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 478.

<sup>470</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 434-436.

<sup>471</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106-107.

<sup>472</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 227.

<sup>473</sup> GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: RT, 1997, p. 47.

<sup>474</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366-378.

<sup>475</sup> No particular, o juiz deve utilizar os recursos da linguística e da semiologia, os quais, sem dúvida alguma, servem ao sistema jurídico. Para Luiz Alberto Warat, “os estudos linguísticos e semiológicos do direito necessitam procurar acompanhar o salto teórico que a própria linguística e a semiologia estão tentando produzir”. Explicando de maneira mais detalhada, afirma que “existe, na atualidade, uma nova demarcação de fronteiras entre a linguística e a semiologia: a primeira ocupa-se das significações denotativas dos termos, assim como de suas condições sintáticas sistemáticas; a segunda reflete sobre os processos de produção e transformação das significações conotativas (ideológicas) no seio da comunicação social. A semiologia fornece regras metodológicas para: a) considerar a natureza do discurso; b) obter alguns critérios seguros para a sua interpretação e efetuar, em torno deles, leituras ideológicas; c) tratar o problema da significação como fenômeno discursivo”. Cf. WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. aum. Porto Alegre: SAFE, 1995, p.

peculiaridades do caso concreto (historicamente situado)<sup>476</sup>, constitui uma “opção” pelo sentido — que não pode ser reproduzida em outro contexto fático — que melhor possa convergir para a realização da justiça e da democracia, ou seja, uma decisão hermeneuticamente adequada e, com efeito, constitucionalmente correta<sup>477</sup>.

Impõe-se, portanto, considerar o formalismo e o respeito às regras jurídicas, para que a decisão não seja arbitrária, inclusive nas demandas por prestações de saúde pública, as quais têm disciplina específica. Logo, a legislação do SUS<sup>478</sup>, inclusive relativa à assistência farmacêutica, deve ser respeitada<sup>479</sup>. Embora não tenha sido respeitada na prática<sup>480</sup>, essa é a

100. É de se perceber que a percepção a respeito do poder do discurso ou dos efeitos sócio- políticos do discurso é objeto de estudo da semiologia política, o que só reforça a ideia de que o caráter multidisciplinar ou a visão holística dos fenômenos, inclusive os jurídicos, é a tônica do momento. Tais fatos, certamente, devem ser observados pelo juiz no momento da sua cognição.

<sup>476</sup> A seguinte lição de Eros Roberto Grau é perfeita para a compreensão da temática: “A norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no texto. Mas ela se encontra assim nele involucrada apenas parcialmente, porque os fatos também a determinam – insisto nisso: a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados”. Cf. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

<sup>477</sup> Conforme preleciona Lenio Streck, “a interpretação do Direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativos-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origens) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 361.

<sup>478</sup> Resumidamente, o sistema normativo do SUS é composto da seguinte forma: a) Constituição Federal (arts. 6º e 196-200); b) Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), que regulamenta, em todo território nacional, “as ações e serviços de saúde, executados de forma isolada e conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado” (art. 1º); c) Lei nº 8.142/1990, que complementa a Lei Orgânica da Saúde para dispor sobre a participação da comunidade no SUS, as Conferências e os Conselhos de Saúde, além das transferências intergovernamentais de recursos nos fundos de saúde; d) Lei nº 12.401/2011, que alterou dispositivos da Lei Orgânica da Saúde para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no SUS; e) Lei nº 12.466/2011, que alterou a Lei Orgânica da Saúde para atribuir força de lei aos foros de pactuação e negociação conhecidos como Comissão Intergestores Tripartite (CIT) e Comissões Intergestores Bipartite (CIB), bem como o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (COSASEMS); f) Decreto n. 7.508/2011, que regulamenta a Lei Orgânica da Saúde no que concerne à Organização do SUS, ao Planejamento da Saúde, à Assistência da Saúde e à Articulação Interfederativa; g) Lei Complementar n. 141/2012, que vincula os recursos sanitários para ações e serviços tipicamente de saúde e regulamenta os critérios de rateio interfederativo; h) Normas Administrativas Complementares, especialmente a Portaria MS 3.916/1998, que trata da Política Nacional de Medicamentos, e a Resolução CNS n. 338/2004, relativa à Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

<sup>479</sup> Como corretamente observa Marco Antonio da Costa Sabino, “o magistrado que decide questões de saúde tem de, ao menos, possuir graus de cognição a respeito do SUS, exatamente para saber: a) que existem planos, programas e ações encetados por esses inúmeros órgãos; b) em alguma medida, que há órgãos específicos para tratar da vigilância farmacológica, da epidemiológica, da medicina curativa e outros, o que é fundamental para dissociar do pedido judicial de saúde a perniciosa imagem de que o Poder Público deve, a qualquer custo, providenciar o quanto requerido, sempre; e c) novamente, em alguma medida, em que consistem as atribuições desses órgãos, o que possibilitará a ele, juiz, investigar se a Administração Pública já não executou, ou está em fase de execução ou de planejamento, a ação de saúde judicialmente postulada”. Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 160-161.

<sup>480</sup> Nesse sentido, Cf. MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 196-197.

regra, e as exceções devem ser justificadas dentro do próprio sistema jurídico<sup>481</sup>. Impõe-se perceber, todavia, que, como as dinâmicas social e política do Estado de Direito não podem ser fixadas na objetividade das formas jurídicas, os enunciados jurídicos só possuem sentido após a realização do processo interpretativo<sup>482</sup>, pois não há ato humano sem interpretação<sup>483</sup> (a linguagem, o gesto, o silêncio etc.).

“Interpretar”, contudo, como ato criativo<sup>484</sup>, não significa apenas revelar ou descobrir, mas sim, pelo contrário, significa “atribuir” sentido aos signos do suporte físico, conferindo-lhes significado<sup>485</sup>. Observe-se que, em si considerado, “o Direito é construção de significados”<sup>486</sup>, e os sentidos são dados na linguagem<sup>487</sup>, que, apesar de caracterizada pela vagueza e ambiguidade<sup>488</sup>, permite, após o processo de interpretação, a construção da norma jurídica<sup>489</sup>, ou seja, como a norma decorre da interação entre texto e realidade<sup>490</sup>, é essencial compreender que “antes da interpretação não existe norma, mas um simples texto”<sup>491</sup>. As formas jurídicas sempre reclamam valorização<sup>492</sup>, e, nessa perspectiva, como o Direito tem

---

<sup>481</sup> Nessa perspectiva, conforme preleciona Lenio Luiz Streck, o juiz só pode deixar de aplicar uma lei nas seguintes hipóteses: a) se a lei for considerada inconstitucional, mediante controle difuso ou concentrado de constitucionalidade; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes deontologicamente como normas, aplicáveis pelo código lícito-ilícito, e não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?”. *Revista NEJ - Eletrônica*, v. 15, n. 1, p. 171-172, jan./abr. 2010.

<sup>482</sup> CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 123.

<sup>483</sup> No sentido de que o Direito é uma prática social interpretativa, por todos, DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 109.

<sup>484</sup> No sentido de que a criatividade é inerente ao processo interpretativo, Cf. CAPPELLETTI, Mauro. “Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XXXVI, n. 3, p. 781, sett. 1982.

<sup>485</sup> Sobre a importância dos argumentos linguísticos no processo interpretativo de reconstrução do sentido normativo, Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 63 e 68.

<sup>486</sup> MARTINS-COSTA, Judith. “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 72.

<sup>487</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Interpretação – reprodução e atribuição de sentido (*Auslegung e Sinngebung*)”. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento – Casa do Direito, 2017, p. 99.

<sup>488</sup> GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 348.

<sup>489</sup> Observe-se que a equivocidade da linguagem garante a flexibilidade e a dinâmica do discurso jurídico, ou seja, a sua vitalidade e historicidade. Nesse sentido, Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 174.

<sup>490</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.

<sup>491</sup> TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 133.

<sup>492</sup> SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 146.

“textura aberta”<sup>493</sup>, é “vazado em linguagem porosa e polissêmica”<sup>494</sup> e pressupõe “compreensão hermenêutica”<sup>495</sup>. Interpretar, precisamente, significa adscrever sentido a um texto normativo em determinado contexto fático-valorativo<sup>496</sup>, sentido esse que pode até não coincidir com o que a maioria parlamentar imaginava, ao aprovar a lei<sup>497</sup>.

Interpretar, portanto, não é uma atividade meramente lógico-descritiva<sup>498</sup>, ou seja, não se trata de mera “extração” do sentido, conteúdo e alcance dos textos jurídicos, mas como efeito de uma “atividade discursiva”<sup>499</sup>, de construção normativa<sup>500</sup>. Em outros termos, tendo em vista o caráter axiológico dos fenômenos jurídicos, nunca será suficiente, para fins de interpretação, a sua mera descrição, tornando-se indispensável, para que não haja irresponsabilidade institucional<sup>501</sup>, sua compreensão<sup>502</sup>. Essa atividade de reconstrução interpretativa, todavia, não diz respeito a uma atitude de “escolha discricionária” ou “arbitrária”, pois, apesar do caráter argumentativo do Direito, a norma de decisão é, no mínimo, constringida pelos sentidos suportáveis pelo texto<sup>503</sup>.

Com essa ressalva, observa-se que o significado normativo resulta do processo discursivo<sup>504</sup>, e, nesse sentido, a título de interpretação, o juiz tem como ponto de partida os enunciados contidos nos textos normativos, para construir as significações e os sentidos em

<sup>493</sup> Sobre a textura aberta do Direito, por todos, Cf. HART, Herbert. *The concept of law*. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 124-136.

<sup>494</sup> A respeito da indeterminabilidade potencial do texto de qualquer enunciado linguístico, Cf. TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 27; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39-44; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 56.

<sup>495</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 43.

<sup>496</sup> ÁVILA, Humberto. “Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo”. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Dialética, v. 29, p. 181-204, 2013.

<sup>497</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralidade”. *Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 203, jan./jun. 2006.

<sup>498</sup> TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 143, 157 e 161-162.

<sup>499</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

<sup>500</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 187 e 287.

<sup>501</sup> Conforme preleciona José Ignácio Botelho de Mesquita, a interpretação mecânica da lei pelo juiz significa a cômoda renúncia à liberdade de pensar, tornando-o irresponsável pela decisão. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “O princípio da liberdade na prestação jurisdicional”. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 46-47. Em outro texto, afirma esse autor que “a figura do juiz inanimado é simplesmente utilizada como uma espécie de heresia com que se pretende justificar a submissão do juiz aos fins do Estado totalitário”. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame”. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 281-282.

<sup>502</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013, p. 174.

<sup>503</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 259-360.

<sup>504</sup> TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 64.

um determinado contexto, mediante tarefa inevitavelmente estimulada pela sua subjetividade, por suas inclinações ideológicas e por suas vivências psicológicas, como é próprio das ciências culturais<sup>505</sup>, sem recair, todavia, em escolhas discricionárias<sup>506, 507</sup>.

Por tudo o que se expos neste tópico, conclui-se que, apesar de a apreciação da linguagem, em termos de qualificações comunicativas plenas, depender de sua compreensão valorativa pelo intérprete no contexto do caso<sup>508</sup>, trata-se de uma atividade fundamental em termos de consideração democrática, que, por se tratar de fonte do Direito, deve constranger previamente o juiz em seus julgamentos. Ao juiz dos casos envolvendo pedidos por prestações de saúde pública, portanto, incumbe observar a disciplina empreendida pelo legislador, por intermédio do planejamento governamental de políticas públicas, e, insista-se, as eventuais exceções devem ser justificadas no próprio sistema jurídico, mediante argumentação razoável, coerente e universalizável.

Impõe-se, agora, verificar outro aspecto da institucionalidade do Direito, que é o respeito aos precedentes jurisprudenciais.

### 2.3 DO RESPEITO AOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS COMO LIMITE E CRITÉRIO DE UMA DECISÃO DEMOCRÁTICA

O objetivo deste tópico é responder à seguinte questão: é democrático seguir precedentes jurisprudenciais<sup>509</sup>? Se o juiz-dialógico preocupa-se com a legitimidade de sua atuação, essa questão revela-se pertinente, e a resposta, certamente, positiva. É preciso saber, em outras palavras, se o juiz, nas demandas por prestações de saúde pública, deve sentir-se constrangido pelos precedentes acerca da temática, e a resposta, novamente, revela-se positiva.

É que, em apertada síntese, considerar precedentes significa, a partir do respeito à dignidade humana e da noção de segurança jurídica, “prestigar valores democráticos

<sup>505</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013, p. 173-174.

<sup>506</sup> Afirmando que o juiz, no processo interpretativo, não escolhe o sentido que lhe convier, pois, como não há grau zero na atribuição de sentido, deve considerar a história institucional a ser reconstruída, que lhe indica a melhor decisão a ser tomada, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 59, 74 e 90.

<sup>507</sup> Em sentido similar, Cf. FISS, Owen. “Intepretação e objetividade”. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017, p. 223-224.

<sup>508</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 51.

<sup>509</sup> Sobre as múltiplas funções do precedente, na doutrina norte-americana, por todos, Cf. GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 147-176.

relevantes”, a exemplo do controle do poder<sup>510</sup> e da promoção da liberdade<sup>511</sup> e da igualdade<sup>512</sup>. Observe-se que, materialmente, a noção de segurança jurídica denota um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito<sup>513</sup>, e os precedentes, como resultados dos processos interpretativos oriundos das Cortes Supremas<sup>514</sup>, possibilitam, pela concretização daqueles valores, o aperfeiçoamento das instituições<sup>515</sup> e uma adequada tutela dos direitos no Estado Constitucional<sup>516</sup>.

Nessa perspectiva, o respeito aos precedentes jurisprudenciais contribui para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, pois também fortalece a unidade do Direito, propicia o seu desenvolvimento, cria um ambiente de previsibilidade e segurança jurídica, acarretando maior racionalidade econômica, e, por fim, gera um senso de responsabilidade institucional entre os juízes<sup>517</sup>. Ademais, os precedentes, preservando a continuidade legislativa, devem ser formados nos limites semânticos suportados pelos textos legais aplicáveis<sup>518</sup>, pois, do contrário, e isso confirma que o sistema de precedentes não

---

<sup>510</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014, p. 108-109.

<sup>511</sup> Ser livre, juridicamente, é a possibilidade de fazer opções de vida e escolhas confiáveis e previsíveis. Nessa perspectiva, seguir precedentes, por tornar o Direito seguro, efetivo e confiável, promove a liberdade, por possibilitar a realização de escolhas juridicamente orientadas. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 23, 82 e 85.

<sup>512</sup> MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015, p. 166-168. A igualdade, certamente, forma a base das teorias clássicas da justiça. Observe-se que Alexis de Tocqueville, apesar de adepto do liberalismo, já alertava que as modernas teorias democráticas deveriam também valorizar a igualdade. Cf. TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: sentimentos e opiniões. De uma profissão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. Livro II. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 358. Para uma melhor compreensão de Alexis de Tocqueville como integrante do liberalismo clássico e sua visão da democracia, Cf. MARQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. ampl. São Paulo: É realizações, 2014, p. 117-125. É interessante observar ainda que a igualdade, além de também ser um valor inerente às modernas teorias democráticas, tem servido de base para as principais teorias de filosofia política acerca do complexo conceito de “justiça”. Nesse sentido, por todos, Cf. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>513</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 256.

<sup>514</sup> Sobre a função das Cortes Supremas e a dimensão normativa dos precedentes, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: RT, 2017, p. 196-202.

<sup>515</sup> Acerca dos aspectos positivos do sistema de precedentes sobre a Administração Pública, Cf. LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. “A administração pública federal e os precedentes do STF”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 214, p. 199-215, dez. 2012.

<sup>516</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 23-28 e 91-92.

<sup>517</sup> Para uma visão mais ampla acerca dos valores republicanos e democráticos que decorrem de um adequado sistema de precedentes, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014, p. 101-116.

<sup>518</sup> É perfeitamente possível conceber um sistema de precedentes para conferir materialidade à legislação, que é o elemento central do Direito democrático. Aplicar precedentes, dessa forma, contribui para o desenvolvimento do próprio Direito, além de garantir uniformidade, previsibilidade, coerência e igualdade nas decisões judiciais.

repele valores democráticos, nada impede que a tese extraída do julgamento seja revisada posteriormente pelo legislador<sup>519</sup>. Finalmente, para fechar as premissas, é possível dizer que, em um ambiente democrático, a tradição e a história institucional das categorias jurídicas também estabelecem constrangimentos epistemológicos na formação dos precedentes.

Nessa perspectiva, o juiz-dialógico, modelo ideal de juiz para tratar o complexo problema da crescente judicialização de bens e serviços de saúde pública, também procura pautar sua atuação jurisdicional por uma adequada teoria dos precedentes, ou seja, uma teoria que, apesar de considerar a experiência do modelo da tradição do *Common Law*<sup>520</sup>, seja compatível com a realidade normativa e cultural da tradição brasileira da *Civil Law*<sup>521</sup>. Diante desse aspecto, impõe-se refletir sobre o tema, para que essas decisões sejam tomadas de forma adequada.

Na base teórica dos precedentes, encontra-se a teoria do *stare decisis*<sup>522</sup>, que, em aspectos gerais, exige o respeito dos tribunais hierarquicamente inferiores ao que restou anteriormente decidido pelos tribunais superiores, para casos semelhantes<sup>523</sup>, influenciando,

Nesse sentido, Cf. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 87 e 100.

<sup>519</sup> CALABRESI, Guido. *A Common Law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 28, 98 e 180. Conforme preleciona Manuel Atienza, “um precedente, em um país de *common law*, não é vinculante se vai contra uma lei do Parlamento; e a matéria regulada mediante precedentes pode passar a ser regulada por leis”. Cf. ATIENZA, Manuel. “A propósito do novo código de processo civil brasileiro”. Tradução de Roberta Simões Nascimento. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 6, set./dez. 2017.

<sup>520</sup> Acerca da invenção do *Common Law* e a importância da Magna Carta na história constitucional inglesa, Cf. PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2011, p. 26-41.

<sup>521</sup> Os tribunais, na tradição da *Common Law*, além de resolverem os conflitos, têm uma missão social altamente relevante, que é a produção de precedente, com forte dimensão normativa. Trata-se de uma atividade paralela e supletiva da exercida pelo legislador formal. Nesse sentido, Cf. EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 4-5. Sobre a força do precedente no *Common Law*, Cf. LAMOND, Grant. “Persuasive Authority in the Law”. *The Harvard Review of Philosophy*, v. XVII, p. 24, 2010.

<sup>522</sup> Para uma visão ampla do *stare decisis*, Cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 97-124.

<sup>523</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3th. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 34. A doutrina do *stare decisis* é essencial ao sistema da *Common Law* e indica a tendência de se respeitarem as decisões judiciais proferidas no passado, as quais possuem valor de precedente, permitindo que os juízes sejam beneficiados pela experiência de seus predecessores. Os precedentes são apenas o “ponto de partida” de uma atividade que se revela interpretativa e, com efeito, permitem diferenciações entre os casos. Essa orientação, na essência, indica a provável possibilidade de se decidirem, no futuro, casos assemelhados de forma idêntica, conferindo respeito à máxima da isonomia, uniformizando a aplicação do direito, que se torna mais previsível e gera segurança jurídica na sociedade. Nesse sentido, Cf. EDWARD D., Re. “Stare decisis”. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994; COLE, Charles D. “Stare decisis na cultura dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*”. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 752, p. 11-21, jan./jun. 1998. É interessante observar que o *stare decisis* não se limita à eficácia vertical dos precedentes. Conforme preleciona Frederick Schauer, espera-se, pela doutrina do *stare decisis*, a partir de uma ideia de estabilidade e previsibilidade, que um tribunal decida questões da mesma forma pela qual ele próprio as decidiu no passado, ainda que a composição do tribunal tenha mudado, ou mesmo se a composição for a mesma, mas seus integrantes tiverem mudado a forma

com efeito, a própria formação jurídica do país<sup>524</sup>. Em outras palavras, na tradição do *Common Law*, as decisões judiciais constituem importante fator de limitação da criatividade judicial<sup>525</sup>, e essa tendência em seguir casos já decididos anteriormente é chamada de *stare decisis*<sup>526</sup>, sendo responsabilidade da Corte a determinação, nos casos subsequentes, dos limites da utilização de casos precedentes<sup>527</sup>. Nessa perspectiva, percebe-se que “o *stare decisis* promove um imparcial, previsível e consistente desenvolvimento dos princípios legais; fomenta a confiança nas decisões judiciais e contribui para a real integridade do processo judicial”<sup>528</sup>.

---

de pensar. Cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009, p. 37, 44 e 58. Mauro Cappelletti observa que a doutrina do *stare decisis* teve a virtude de superar os inconvenientes do controle difuso de constitucionalidade norte-americano, uma vez que, depois da decisão sobre a inconstitucionalidade de determinada lei pela Suprema Corte, o entendimento fixado por esta passa a ser obrigatório para os demais órgãos judiciários (eficácia *erga omnes*). Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: SAFE, 1984, p. 80-82. É preciso perceber, apesar do que foi dito nesta nota até agora, que a doutrina do *stare decisis*, que também dá sustentação à cultura de seguir precedentes na tradição da *Common Law*, também é uma forma de limitação do comportamento judicial. Nesse sentido, Cf. POWELL JR., Lewis F. “Stare decisis and judicial restraint”. *Washington and Lee Law Review*, v. 47, n. 2, p. 281-290, 1990.

<sup>524</sup> O ensino jurídico da tradição do *Common Law* é bastante peculiar, se comparado ao sistema romano-germânico. O método de ensino jurídico norte-americano, a partir da base teórica adquirida no primeiro ano da faculdade, dedica-se a exigir do estudante, sobretudo nos debates oralmente estabelecidos em sala de aula, a capacidade de analisar os casos de forma crítica, identificando os fatos jurídicos relevantes, para compreender como deve conhecer e utilizar adequadamente os precedentes utilizados nesse processo de aprendizagem. De uma maneira geral, a figura do jurista, no sistema da *Common Law*, está vinculada ao juiz, e não aos professores universitários. Juizes de órgãos jurisdicionais inferiores e advogados preferem apoiar seus fundamentos e linhas de argumentação sobre a jurisprudência, em vez de posições doutrinárias tradicionais do sistema codificado. Assim, naquele sistema, o julgamento das supremas cortes, além de resolver definitivamente o litígio, uniformizar as interpretações divergentes sobre uma questão de direito e ligar os tribunais inferiores pela regra do precedente, tem a função de fixar a doutrina por interpretações e fundamentos com autoridade. Cf. GARAPON, Antoine; PAPAOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 36 e 179; COLE, Charles D. “Stare decisis na cultura dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*”. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 752, p. 11-21 jan./jun. 1998.

<sup>525</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009, p. 41-42.

<sup>526</sup> É preciso compreender, todavia, que o *Common Law*, entendido como os costumes gerais que determinavam o comportamento dos cidadãos ingleses, não se confunde com a doutrina do *stare decisis*, pois existiu, por vários séculos, sem esta e a regra do precedente. O *stare decisis* pode ser dividido, para fins didáticos, em vertical e horizontal: na primeira hipótese, os órgãos jurisdicionais encontram-se em planos hierarquicamente distintos, de modo que um precedente da Suprema Corte é vinculante para os órgãos judiciários inferiores, mas os precedentes destes não vinculam aquela; já no plano horizontal, o que se discute é a força vinculante dos precedentes de uma Corte para ela própria. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 31; NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 182.

<sup>527</sup> FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 67.

<sup>528</sup> FINE, Toni M. “O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano”. *Revista dos Tribunais*, RT, ano 89, v. 782, p. 95, dez. 2000.

Embora se tenha dito que, tradicionalmente, o *stare decisis* não seja aplicável ao sistema do *Civil Law*, em que o precedente apenas teria força persuasiva<sup>529</sup>, o regime jurídico das súmulas vinculantes (art. 103-A da CF)<sup>530</sup> e a aproximação do recurso extraordinário aos processos originários de jurisdição constitucional (ADIN, ADC e ADPF), em decorrência do requisito da repercussão geral, são fenômenos que indicam que o direito brasileiro já vinha caminhando na direção oposta<sup>531</sup>, aproximando-se do regime da *Common Law*<sup>532</sup>.

O que se tem percebido, na realidade, é que há uma convergência recíproca entre os dois sistemas, e os fatos confirmam que os pontos de encontro entre os mesmos foram e ainda estão se multiplicando<sup>533</sup>. Demonstra o acerto dessa informação a presença de um Código de Processo Civil na Inglaterra, desde 1998, com a ampliação dos poderes do juiz, inclusive no campo probatório, afastando o processo civil inglês do *adversarial system*<sup>534</sup>. De igual modo, demonstram uma aproximação da Inglaterra à tradição do *Civil Law* a existência da Lei de Direitos Humanos (*Human Rights Act*), que permite formalmente a declaração de incompatibilidade de normas internas com os direitos tutelados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, e a própria criação da Suprema Corte do Reino Unido<sup>535</sup>.

No sentido oposto dessa influência recíproca, encontra-se o sistema jurídico brasileiro, que, a partir do CPC/2015, passou a valorizar formalmente alguns precedentes dos tribunais

<sup>529</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos”. *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadora. São Paulo: RT, 2012, p. 702.

<sup>530</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Questões controvertidas sobre a súmula vinculante”. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Coordenação de José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira e Luiz Manoel Gomes Junior. São Paulo: RT, 2008, p. 1192.

<sup>531</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadora. São Paulo: RT, 2012, p. 119-122. No mesmo sentido: REIS, Mauricio Martins. “As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência”. *Revista de Processo*, ano 39, n. 230, São Paulo, RT, p. 417-437, abr. 2014.

<sup>532</sup> CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. “A jurisprudência como fonte do direito”. *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Coordenador Donaldo Armelin. São Paulo: RT, 2010, p. 243-244. Há quem defenda, na doutrina, que o Brasil adota, atualmente, um sistema híbrido entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*. Nesse sentido, Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPODVIM, 2016. p. 343.

<sup>533</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Coordenador Donaldo Armelin. São Paulo: RT, 2010, p. 883; CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução, revisão e notas de Hermes Zaneti Júnior. Vol. II. Porto Alegre: SAFE, 2010, p. 154-155.

<sup>534</sup> Para uma visão mais completa acerca da reforma processual inglesa e seus reflexos sobre o tradicional sistema adversarial, Cf. JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 373-385.

<sup>535</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. “Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro”. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 13, jul./set. 2016.

superiores como uma de suas características mais evidentes<sup>536</sup>, inclusive e principalmente em seus respectivos âmbitos internos (precedente na perspectiva horizontal)<sup>537</sup>. Há, por aqui, uma verdadeira ascensão dos precedentes jurisprudenciais<sup>538</sup>. É preciso esclarecer, todavia, que seguir precedentes, mesmo nos sistemas de *Civil Law*, não é uma prática intuitiva, pois não decorre de seus valores históricos e da sua tradição<sup>539</sup>. Por isso, a sua regulamentação legislativa é oportuna e pertinente.

O que importa frisar é que, apesar das variáveis culturais e pertinentes a cada ordem jurídica positiva<sup>540</sup>, há relativo consenso no sentido de que, além do respeito aos textos

---

<sup>536</sup> Podem-se citar, como exemplo de aproximação entre as duas tradições jurídicas, o aperfeiçoamento do instituto da “improcedência liminar do pedido” (art. 332 do CPC/2015), a polêmica mutação constitucional sofrida pelo inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, a dispensa de reexame necessário na hipótese de uma decisão condenatória de obrigação de pagar contrária à Fazenda Pública estiver em conformidade com tese fixada por uma Corte de vértice, as súmulas impeditivas de recursos e os poderes do relator com base em precedentes. Nesse sentido, Cf. CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. “Precedentes vinculantes”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 215, p. 241-244, jan. 2013.

<sup>537</sup> A mesma lógica que impõe respeito aos precedentes obrigatórios pelos órgãos judiciais inferiores exige que os órgãos de um mesmo tribunal respeitem as suas decisões, inclusive, historicamente, é curioso observar que, embora a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre tenha tido o poder de revogar os seus precedentes em circunstâncias especiais, a antiga *House of Lords* submeteu-se a um sistema de autovinculação absoluta de seus precedentes até 1966, com o *Practice Statement*, quando também assumiu o poder de *overruling*. Essa adoção absoluta do *stare decisis* da *House of Lords* iniciou-se em 1898, a partir do caso *London Street Tramways*, mas, posteriormente (1966), percebeu que essa rigidez absoluta poderia conduzir à realização de injustiças e impedir a evolução do direito, ou seja, a antiga *House of Lords* passou a admitir o *overruling*, para não perpetuar soluções injustas e não frustrar a necessária abertura que o Direito deve proporcionar para acolher a evolução social. No caso brasileiro, o recurso de embargos de divergência serve para corrigir eventuais desrespeitos a precedentes horizontais (arts. 994, IX, e 1.043-1.044 do novo CPC), definindo o paradigma jurídico a ser seguido pelos órgãos jurisdicionais inferiores. Estes, por outro lado, não podem desrespeitar os precedentes fixados pelas Cortes de Vértice. Se esse fato ocorrer, pelo menos no caso brasileiro, torna-se muito provável o seguimento, no tribunal de origem, dos recursos especial e extraordinário, para se corrigir a eventual injustiça, além das possibilidades, no intuito de reparar danos, de concessão de tutela cautelar para suspender a eficácia da decisão recorrida ou antecipação satisfativa da tutela recursal. Demais disso, nas hipóteses previstas no art. 103-A, § 3º, da CF, revela-se cabível a reclamação constitucional. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 117 e 413-417; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 41; WALDRON, Jeremy. “Stare decisis and the rule of law: a layered approach”. *Michigan Law Review*, v. 111, n. 1, p. 27, 2012; DUXBURY, Neil. *The nature and Authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 123-131.

<sup>538</sup> Por todos, Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. “Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro”. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

<sup>539</sup> Conforme preleciona Eduardo Lamy, a utilização dos precedentes jurisprudenciais como fonte do Direito não significa a “*commonlawlização*” do direito brasileiro, e tanto isso é verdade que, na linha da tradição legicêntrica da *Civil Law*, há necessidade de sua disciplina por meio da legislação. Trata-se, pois, de um diálogo intercultural disciplinado por lei. Cf. LAMY, Eduardo. “Considerações iniciais sobre os precedentes e sua fundamentação no CPC de 2015”. *Aspectos polêmicos do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 219-220.

<sup>540</sup> Esclarece-se que a opção por seguir precedentes, com variação, inclusive, de intensidade, é estabelecida por cada sistema jurídico. Tradicionalmente, os países da *Common Law* consideram os precedentes jurisprudenciais fontes vinculantes e primárias de direito (*binding doctrinal propositions*) na mesma estatura da legislação (*statutory law*). Nesse sentido, Cf. EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 1-3. É interessante observar, também, que, na tradição da *Common Law*, o precedente não está acima da legislação. A prova disso está no fato de que o legislador está autorizado a revogar o precedente. Em outros termos, a legislação, na *Common Law*, é fonte primária do direito e, com efeito,

normativos, uma decisão jurídica, que se pretende democrática e racional, considera os precedentes jurisprudenciais, em toda sua “dimensionalidade”<sup>541</sup>, como fonte primária do direito<sup>542</sup>.

O juiz-dialógico, nessa perspectiva, sempre observa adequadamente os precedentes na condução de seus processos, entendendo que o precedente, em seu genérico sentido judicial<sup>543</sup>, é uma decisão anterior que, argumentativamente (modo discursivo)<sup>544</sup>, é considerada como fundamento em um análogo caso posterior<sup>545</sup>, para respeitar a isonomia no tratamento de casos análogos e a própria previsibilidade do Direito. O precedente, portanto, como evento passado, serve de guia para o caso presente<sup>546</sup>, e a sua fonte está nas razões determinantes e universalizáveis do caso anterior, as quais, interpretadas e contextualizadas, podem ser aplicadas no processo decisório de outros casos semelhantes, e não necessariamente idênticos<sup>547</sup>.

---

subordina os casos apreciados judicialmente. Nesse sentido, Cf. DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 125.

<sup>541</sup> Conforme preleciona Michele Taruffo, o precedente judiciário, como uma decisão anterior que deve ser considerada em um caso análogo posterior, possui pelo menos quatro dimensões: a) “dimensão institucional”, que diz respeito à afirmação de que o uso do precedente está intimamente relacionado aos fatores relativos à organização judiciária e à maneira pela qual as relações de autoridade se colocam perante os tribunais. No particular, revela-se importante visualizar as perspectivas de vinculação horizontal e vertical do precedente; b) “dimensão objetiva”, relativa à capacidade de o precedente influenciar a decisão análoga posterior. Nesse sentido, há que se distinguir *ratio decidendi* de *obiter dictum*; c) “dimensão estrutural”, que se refere ao que constitui efetivamente o precedente que vem sendo usado como ponto de referência para a decisão do caso posterior. Nessa perspectiva, deve-se considerar se só existe um precedente, ou, existindo mais de um, se são conflitantes ou contraditórios; d) “dimensão de eficácia”, que diz respeito à natureza e à intensidade da influência exercida pelo precedente. Cf. TARUFFO, Michele. “Dimensioni del precedente giudiziari”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVIII, n. 2, p. 411-430, giu. 1994.

<sup>542</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 85. Para uma pesquisa, na doutrina estrangeira, acerca do precedente como fonte do Direito, Cf. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 165-185.

<sup>543</sup> Na realidade, de forma genérica, a doutrina chega a mencionar que há precedente mesmo fora dos quadros da jurisdição estatal. Nesse sentido, Cf. GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 111-146.

<sup>544</sup> NUNES, Dierle. “*Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 74, set. 2011.

<sup>545</sup> A decisão, para ser considerada “precedente jurisprudencial”, deve resultar efeitos jurídicos normativos para casos futuros, contendo a enunciação de uma regra jurídica ou de um princípio universalizável. Nesse sentido, Cf. ZENETI JR., Hermes. “Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o novo código de processo civil – universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 235, p. 315, set. 2014.

<sup>546</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1.

<sup>547</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 262-266. No mesmo sentido, Cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009, p. 47.

O conceito precedente, nesse sentido, não pode ser confundido com o de diversos institutos conexos, a exemplo de jurisprudência e súmulas<sup>548</sup>. O precedente, repita-se, decorre da fundamentação da decisão judicial, que possui um duplo discurso: um destinado à solução do caso concreto e outro para a ordem jurídica. São discursos com destinatários e objetivos distintos, pois, enquanto o primeiro discurso constitui direito fundamental da parte e decorre da cláusula geral do devido processo legal, o segundo discurso é de ordem institucional, na exata medida em que está estruturado a promover a unidade da ordem jurídica, mediante a concretização dos valores decorrentes da segurança jurídica<sup>549</sup>, da igualdade e da coerência normativa<sup>550</sup>.

Assim, os tribunais superiores não podem visualizar os seus precedentes como discurso exclusivamente de autoridade<sup>551</sup>, pois as suas decisões, para não incorrerem em ativismo judicial antidemocrático, estão limitadas pela força da tradição, pelo contexto decisório e pela análise dos pertinentes textos normativos previamente elaborados pelo legislador<sup>552</sup>, sem prejuízo de outros critérios de racionalidade decisória (coerência, análise

---

<sup>548</sup> É oportuno observar que, doutrinariamente, “decisão”, “precedente”, jurisprudência”, “súmula” e “súmula vinculante” são vocábulos ou expressões que não se equivalem. Decisão judicial, genericamente falando, é qualquer provimento jurisdicional que tenha conteúdo decisório, ou seja, que tenha carga cognitiva suficiente para, na sequência do processo, causar algum prejuízo às partes. A decisão que se assume como “precedente” é uma só, enquanto o que se denomina “jurisprudência, diversamente, é a referência a muitas decisões dos tribunais. Se a jurisprudência tornar-se majoritária no tribunal, é possível a edição de uma súmula, que fixará o entendimento sedimentado, sendo relevante destacar que apenas o STF, por força do art. 103-A da CF, tem competência para editar súmula vinculante no direito brasileiro. O “precedente” nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos. As súmulas são textos normativos. A súmula é um conjunto de outros textos. A concretização das súmulas, portanto, deve ocorrer hermenêuticamente diante das circunstâncias do caso concreto, uma vez que não vem pronta no texto normativo como se o enunciado linguístico fosse passível de aplicação no futuro mediante mera atividade formal de subsunção. Observe-se que há precedente sem súmula. O caso das dispensas coletivas de empregados, envolvendo a empresa Embraer, e julgado pelo TST (ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 10/08/2009, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 04/09/2009) em verdadeira posição de Corte de Superposição e em *prospective overruling*, é um bom exemplo dessa constatação. Para aprofundar a distinção entre os mencionados institutos, Cf. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Scientifica, 2007, p. 11-12; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. “O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos”. *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadora. São Paulo: RT, 2012, p. 698; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 11-12.

<sup>549</sup> No sentido de que a segurança jurídica é um instrumento de realização de outros fins, Cf. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 271.

<sup>550</sup> MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 62, abr. 2012. No mesmo sentido, Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 25. Na doutrina estrangeira, Cf. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 7.

<sup>551</sup> Sobre a temática dos discursos de autoridade no Direito, ilustrativamente, Cf. ATIENZA, Manuel. “O argumento de autoridade no direito”. Tradução de André Rufino do Vale. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 17, n. 2, p. 144-160, mai./ago. 2012.

<sup>552</sup> Eventual atuação ilimitada dos tribunais pode acarretar uma reação do próprio Poder Legislativo, como freio a essas condutas judiciais ativistas. Nessa perspectiva, por exemplo, apresenta-se a chamada “Reforma Trabalhista” (Lei nº 13.467/2017), que acresceu à CLT o seguinte § 2º ao art. 8º: “Súmulas e outros enunciados

consequencialista e padrão de universalidade). A força do precedente, com efeito, está na qualidade dos argumentos separados para vincular a decisão do caso paradigma, argumentos esses que devem ser coerentes e dotados de correção substancial em relação ao resultado.

Essa constatação é relevante, pois o juiz-dialógico é consciente de que o CPC/2015 atribuiu um tratamento diferenciado para determinadas decisões judiciais, notadamente dos tribunais superiores, com repercussão em diversos institutos, o que demonstra que certas decisões são reconhecidas pelo sistema jurídico como aptas a criar uma vinculação formal, se comparadas a outras, que criam uma vinculação meramente cultural<sup>553</sup>. É o que a doutrina vem chamando, respectivamente, de precedentes em “sentido forte” — ou “precedentes qualificados”<sup>554</sup> — e “fraco”, sendo aqueles as decisões cuja ausência de consideração adequada pode acarretar o cabimento da reclamação<sup>555</sup>. Em outros termos, o cabimento de reclamação, quando não observada a tese fixada em controle concentrado de constitucionalidade (processos objetivos de jurisdição constitucional), incidente de assunção de competência ou em julgamento de casos repetitivos, é um outro exemplo significativo de que existem precedentes formalmente vinculantes no sistema jurídico brasileiro<sup>556</sup>, de modo que a consideração a respeito de determinadas decisões anteriores, pelo menos nas situações descritas no art. 988, III e IV, do CPC/2015, já faz parte da realidade brasileira<sup>557</sup>.

Observe-se que essas decisões vinculantes irradiam efeitos diferenciados em diversos institutos, a exemplo da nova regulamentação da improcedência liminar do pedido (art. 332), da tutela fundada na evidência (art. 311), da remessa necessária (art. 496, § 4º) e da execução

de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. Adiante, acrescentando a alínea *f* ao art. 702 também da CLT, dispôs a Reforma Trabalhista que compete ao tribunal pleno do TST “estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial”. Como facilmente se observa, há uma clara tentativa de limitar a atuação do poder normativo dos tribunais trabalhistas.

<sup>553</sup> Para uma classificação ideal dos precedentes conforme os critérios da “relevância argumentativa” e da “força vinculante”, Cf. CHIASSONI, Pierluigi. “A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual”. Tradução de Thiago Pádua. *Universitas IUS*, v. 27, n. 1, p. 63-79, 2016.

<sup>554</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017, p. 91 e 101.

<sup>555</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. “Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro”. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 20 e 22, jul./set. 2016.

<sup>556</sup> No sentido de que os recursos excepcionais repetitivos, o IRDR e o IAC formam um “microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios”, Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil (meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais)*. Vol. 3. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 675 e 761.

<sup>557</sup> ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 279-280 e 566.

de título com eficácia executiva provisória. O dever de adequada consideração de precedente reflete no método de fundamentação pertinente (art. 489, § 1º), inclusive para fins de oposição de embargos declaratórios e cabimento de ação rescisória. Observa-se, nesse mesmo sentido, que o relator, monocraticamente, tem poder para negar provimento ao recurso que adote entendimento contrário ao conteúdo de acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de “recursos repetitivos” (art. 932, IV, “b”). De igual modo, porém em sentido diverso, o relator, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, pode dar logo provimento ao recurso, se a decisão recorrida for contrária à tese fixada por essas Cortes também em julgamento de recurso repetitivo (art. 932, V, “b”).

Essa sistemática demonstra que, no sistema brasileiro, determinadas decisões dos tribunais superiores já nascem com a pretensão de formar precedente, ou seja, já nascem com uma “função normativa planejada”<sup>558</sup>. Na tradição da *Common Law*, como se sabe, a situação é diferente. Lá, ordinariamente, quem define se a decisão é um precedente, pelo aspecto cultural, é o juiz do caso posterior. Frederick Schauer<sup>559</sup>, nesse ponto, representa a doutrina minoritária. Para esse autor, um sistema de precedentes envolve a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de se chegar lá. Sustenta, em outros termos, que, diante da sua relevância para regulamentar prospectivamente, a decisão já deve nascer como precedente, inclusive para constranger o julgador do caso subsequente no sentido de considerá-la, ainda que seja para distinguir o caso sob julgamento. Na visão de Frederick Schauer, portanto, o tribunal deve ter a consciência de que a sua decisão, no futuro, poderá ser utilizada como precedente, e, nesse sentido, pensando em casos análogos, já deve projetar uma eficácia normativa programada para sua decisão.

O legislador brasileiro, contudo, parece ter simpatizado com essas ideias de Frederick Schauer, quando, pressupondo uma atuação proativa das Cortes Supremas (STJ, TST e STF)<sup>560</sup>, sistematizou essas decisões vinculantes<sup>561</sup>, pelo menos para as “questões de direito”,

---

<sup>558</sup> O CPC/2015 estabeleceu um sistema de precedente em sentido forte, com vinculação formal, que, se não observada, acarreta o cabimento de reclamação diretamente no tribunal competente. Trata-se de um sistema de precedentes próprio para a realidade brasileira, uma vez que, como também já observado, cria-se um ambiente em que determinadas decisões já nascem com a função de formar precedente. Enquanto na tradição da *Common Law* a definição do precedente é realizada pelo órgão judicial que julga o caso posterior, no sistema do CPC/2015, como dito no texto principal, algumas decisões já nascem com uma função normativa planejada.

<sup>559</sup> SCHAUER, Frederick. “Precedent”. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 571-605, feb. 1987.

<sup>560</sup> Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni advogam a tese de que as Cortes Supremas têm função proativa, pois as suas atuações são destinadas a orientar a adequada interpretação e aplicação do Direito por parte de toda a sociedade e, claro, todo o Poder Judiciário. O horizonte de sua atuação, portanto, é o futuro, com o fim de guiar a interpretação do Direito, dando a ele unidade. Essas Cortes, como titulares de suas agendas, não atuam para controlar a legalidade, mediante atuação retrospectiva, mas sim como orientadoras do sentido adequado do direito diante de uma pressuposta base fática incontroversa. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo:

que sabidamente pressupõem uma hipótese fática previamente delimitada<sup>562</sup>. O juiz-dialógico, todavia, percebe que, mesmo fora dos casos de precedente em sentido forte, está submetido a uma nova cultura decisória, que, reconhecendo os valores ético-democráticos que emergem do sistema, procura dialogar com os demais precedentes dos tribunais superiores, pois sabe que, no momento atual, não há mais espaço para a manutenção de uma cultura que não as considera e respeita. Nesse sentido, especialmente em relação aos litígios repetitivos, próprios de uma sociedade massificada, tem a consciência de que tem um dever de considerar os precedentes pertinentes<sup>563</sup>.

Em outros termos, o juiz-dialógico, não custa insistir, sabe que o atual CPC, como uma manifestação legislativa da experiência e do diálogo entre os sistemas jurídicos brasileiro e anglo-americano, pretende criar uma nova cultura decisória, que veda a prolação de decisões vinculadas apenas à consciência do julgador e ao seu sentimento de justiça e que, conseqüentemente, desprezam o diálogo interinstitucional na própria estrutura do Poder Judiciário, abandonando qualquer noção de previsibilidade<sup>564</sup>. Nessa perspectiva, considerando a repercussão geral para o recurso extraordinário<sup>565</sup> e o renovado perfil

RT, 2017, p. 79; MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 17-19.

<sup>561</sup> Em sentido contrário, defendendo que a tese do caráter prospectivo do precedente é equivocada, pois, em atividade criativamente distinta da desempenhada pelo legislador, o tribunal do caso anterior não pode delimitar, com antecedência, como os juízes do futuro o aplicará, Cf. LAMY, Eduardo. “Contra o aspecto prospectivo do precedente”. *Aspectos polêmicos do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 99-120. O desenvolvimento dessa argumentação também pode ser encontrado no seguinte texto: LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. “Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 383-402, dez. 2015.

<sup>562</sup> Em relação ao IRDR, que pressupõe uma “situação fática padrão”, Cf. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 73 e 207-208.

<sup>563</sup> TESHEINER, José. “O direito fundamental à igualdade e à uniformização de jurisprudência”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 170-171, jan./jun. 2014.

<sup>564</sup> No sentido de que, na tradição da *Common Law*, mesmo formalmente não vinculantes, os tribunais observam os precedentes jurisprudenciais como fonte do direito, Cf. PECZENIK, Aleksander. “The binding force of precedent”. *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by Neil MacCormick and Robert S. Summers. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997, p. 461.

<sup>565</sup> Acerca da “objetivação” do recurso extraordinário, Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017, p. 73-77. Demonstrando por meio de julgados recentes a ratificação dessa tese, Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil (meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais)*. Vol. 3. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 430-433. Impõe-se observar que já está em fase procedimental bastante avançada a proposta de exigência de repercussão geral para o recurso especial (PEC 209/2012). Quanto à Justiça do Trabalho, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) impôs a exigência de “transcendência recursal” para a admissibilidade do recurso de revista, conforme se observa na atual redação do art. 896-A da CLT: “§ 1º. São indicadores de transcendência, entre outros: I – econômica, o elevado valor da causa; II – política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; III – social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado; IV – jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista. § 2º. Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado. § 3º. Em relação

constitucional dos tribunais superiores, que têm atuação direcionada para o futuro<sup>566</sup>, concorda-se com a tese de que todas as decisões desses órgãos jurisdicionais, com prevalência da colegialidade, devem ser consideradas precedentes<sup>567</sup>, para constranger o juiz, em virtude dessa vinculação cultural, no sentido de considerá-los durante o julgamento<sup>568</sup>.

O juiz-dialógico é consciente, assim, de que o sistema jurídico brasileiro tem recebido influência das tradições do modelo anglo-americano, historicamente vocacionado a refletir decisões judiciais do passado<sup>569</sup>, e de que, tanto no sistema da *Civil Law* como no da *Common*

ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão. § 4º. Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal. § 5º. É irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. § 6º. O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas.”

<sup>566</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 65.

<sup>567</sup> Pensar em teoria dos precedentes significa considerar as funções das Cortes Supremas. Nesse sentido, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 22.

<sup>568</sup> Nesse sentido, criticando a redação do art. 927 do CPC, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 24. Daniel Mitidiero, distinguindo as Cortes Supremas das Cortes de Justiça, entende que somente as decisões dos tribunais superiores formam precedentes, pois são razões generalizáveis que, de forma contextual, colaboram para a determinação do Direito e para sua previsibilidade. As decisões dos tribunais de segunda instância, nessa perspectiva, dariam lugar apenas à jurisprudência, ou seja, a missão das Cortes de Justiça, segundo Daniel Mitidiero, é exercer controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 75-81 e 83. É preciso perceber, todavia, que os tribunais de segundo grau têm agora, além de sua missão tradicional de analisar retrospectivamente o acerto das decisões de primeira instância, o papel de formar precedente pelo IRDR. Nessa perspectiva, se não há tese afetada em sede de recursos excepcionais repetitivos, revela-se perfeitamente válida, a partir de uma situação fática delimitada, a definição da questão de direito no âmbito estadual ou regional. No sentido de que a decisão do IRDR é propositadamente precedente, Cf. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 207.

<sup>569</sup> O *Civil Law* e o *Common Law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios. Na Inglaterra, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades do cidadão. Por esse fato, ao contrário do que ocorreu em face da Revolução Francesa, não houve clima para desconfiar dos juízes, ou supor que estes se posicionariam em favor do rei ou do absolutismo. O juiz inglês, nesse contexto, embora submetido ao *Common Law*, tinha certa liberdade, para interpretar a legislação, que era escassa nos primórdios, fato que, todavia, não se verifica atualmente. Na França revolucionária, os juízes não eram isentos, pois ainda eram beneficiados por privilégios concedidos no Antigo Regime. Pretendia-se, assim, substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembleia Soberana, sendo natural que a função judicial, nessa perspectiva, por intermédio de postura meramente intelectual de descoberta de direitos, devesse ter um caráter meramente declaratório da vontade da lei, que representava a luta contra o arbítrio e a afirmação dos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. Essa perspectiva histórica, inclusive, teve reflexos no peculiar sistema de controle de constitucionalidade da França do século XX. Por tais razões, ao contrário da perspectiva inglesa, o juiz francês encontrava-se rigidamente subordinado ao Parlamento, e a codificação deveria ser clara, coerente e completa, evitando-se ao máximo uma indesejável atividade judicial criativa. Ao contrário da Inglaterra, procurava-se, na França da Revolução, impedir que o juiz pensasse. Impõe-se perceber que, no *Common Law*, a autoridade da lei é superior àquela das decisões judiciais, e não o contrário. Nesse ponto, o que o difere do *Civil Law* é a respeitabilidade ao passado, por intermédio das decisões judiciais. Ainda que a constatação tenha demorado a se consolidar, as democracias do *Civil Law*, especialmente em termos de constitucionalismo e de direitos fundamentais, já perceberam que a mera interpretação da lei não é suficiente

*Law*, embora por caminhos diferentes<sup>570</sup>, vem-se procurando criar um ambiente social e juridicamente previsível<sup>571</sup>.

Previsibilidade, todavia, não significa engessamento do Direito. O paradoxo, nessa perspectiva, é apenas aparente, pois, na dinâmica da teoria dos precedentes, há critérios de distinção e de superação da regra universalizável. Conforme preleciona Mark Tushnet<sup>572</sup>, “qualquer sistema de precedentes deverá ter, necessariamente, critérios estabelecidos para justificar a não adoção do precedente”. Desse modo, embora a previsibilidade seja uma característica atraente da doutrina do *stare decisis*, é certo, como se observa no sistema norteamericano, que esse modelo de seguir casos similares anteriormente decididos não é uma regra inflexível ou imutável<sup>573</sup>.

Pelo contrário, observa-se que a fidelidade ao precedente constitui respeito à *ratio decidendi*<sup>574</sup>, que significa a universalização das razões necessárias e suficientes que constam da justificação judicial ofertada por tribunal superior para a solução de determinada questão

para o alcance da isonomia e da segurança jurídica, sendo relevante caminhar em direção à experiência do *Common Law*. Nesse sentido, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 21-99.

<sup>570</sup> Sobre as semelhanças e diferenças do Regime Absolutista na França e na Inglaterra, Cf. CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 119-138.

<sup>571</sup> Ao contrário do que ocorreu na história do *Civil Law*, esse fato sucedeu, no *Common Law*, sem grandes e significativas rupturas com o passado. No *Civil Law*, por influência da Revolução Francesa, a racionalidade deveria resultar da aplicação da lei, fonte da vontade da classe emergente (burguesia), que estava insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza). A aplicação da lei nada mais deveria ser do que a subsunção lógica dos fatos à literalidade do dispositivo legal aplicável. A complexidade das sociedades contemporâneas e as Constituições democráticas, somadas ao acesso real à justiça de grupos até então marginalizados, demonstram que essa postura formalista não converge para um modelo adequado de prestação jurisdicional, especialmente pelo aumento dos chamados *hard cases*. Nesses casos, a exemplo do que se verifica nos pleitos envolvendo a judicialização de direitos sociais (saúde, educação etc.), impõe-se ao juiz a necessidade de inovar, mas não a partir do zero. Não se trata de inventar, mas, em atitude flagrantemente democrática, de criar o direito de forma harmônica com o sistema jurídico. Essa preocupação com a coerência e a consistência é comum aos dois sistemas jurídicos, *Civil Law* e *Common Law*. A diferença é que, neste último, por influência da doutrina do *stare decisis*, melhor explicada adiante, e pela preocupação dos juízes com a sua reputação, há uma cultura de respeito ao passado, ao sistema de precedentes, apresentando-se, assim, como um sistema mais seguro e previsível. No *Civil Law*, especialmente no Brasil, o que se tem visto é o contrário, pois, mesmo nos tribunais superiores, os seus precedentes não são respeitados pelos seus órgãos fracionários, além do fato de não ser rara a ocorrência de mudança brusca da orientação dominante. Todos esses fatos, certamente, contribuem para desacreditar o Poder Judiciário do *Civil Law* perante a sociedade. Nesse sentido, Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Precedentes e evolução do direito”. *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadora. São Paulo: RT, 2012, p. 19-40.

<sup>572</sup> TUSHNET, Mark. “Os precedentes nos Estados Unidos”. Traduzido por Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 218, p. 104, abr. 2013.

<sup>573</sup> FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão Técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 83-84. No mesmo sentido: TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3th ed. New York: Foundation Press, 2000, p. 243.

<sup>574</sup> Na doutrina italiana, afirmando não haver unidade acerca do conceito de *ratio decidendi*, inclusive apresentando algumas concepções, Cf. CHIASSONI, Pierluigi. “Il fascino discreto della *common law*. Appunti sulla ‘rilevanza’ dei precedenti giudiziali”. *I metodi della giustizia civile*. A cura di Mario Bessone, Elisabetta Silvestri e Michelle Taruffo. Padova, Cedam, 2000, p. 5-7.

em um caso concreto (comparação entre casos)<sup>575</sup>. Assim, por fidelidade à tradição da *Common Law*, diante de uma decisão anterior, só se pode falar em adesão ao precedente a partir da separação entre a *ratio decidendi* (literalmente, razões de decidir) e a *obiter dictum* (literalmente, dito para morrer)<sup>576</sup>, pois somente a primeira vincula, incorrendo em erro, em princípio, o órgão judiciário que se considera vinculado a esta<sup>577</sup>.

A questão revela-se simples, quando o tribunal, expressamente, afirma a regra de direito a qual baseia sua decisão<sup>578</sup>, mas, se não o faz, omitindo-se quanto à declaração de relevância de determinados fatos, impõe-se elucidar a complexidade do caso a partir da pesquisa acerca dos argumentos relevantes e universalizáveis utilizados para proclamar o resultado, os quais, como já dito, têm o condão de formar o precedente, que será considerado em casos análogos posteriores<sup>579, 580</sup>.

É oportuno perceber que a cultura tradicional brasileira despreza o estudo dos fundamentos da decisão, limitando-se à regra decorrente do dispositivo da decisão. É o que se tem feito, inclusive, na aplicação das súmulas dos tribunais superiores. A prática dos

---

<sup>575</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 100; MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 68-69, mar. 2014.

<sup>576</sup> O *obiter dictum* é a parte da decisão que, se for excluída, não tem o condão de alterar as razões de decidir. Nesse sentido, Cf. POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 192.

<sup>577</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 182-185. Nos EUA, particularmente, é usual o termo “*holding*”, no lugar de *ratio decidendi*. Toni M. Fine explica a sua visão do instituto: (I) o *holding* de um caso é a resolução de uma questão jurídica e refletirá uma regra (*rule*), que servirá de “princípio geral” a ser aplicado em casos futuros; (II) o *holding* deve ser determinado a partir de uma análise dos fatos materiais, da decisão do tribunal e da sua motivação; (III) já o *rationale* é a explicação do *holding* de cada questão, ou seja, é o que a Corte disse, ao explicar cada um dos seus *holdings*, ou como e por que esta chegou à sua decisão; (IV) o *holding* não se confunde com o *obiter dictum*, que são declarações feitas por uma Corte as quais transcendem a questão jurídica ou os fatos apresentados pelo caso a ela submetido; (V) essas declarações não se submetem ao *stare decisis*, por conta do compromisso do *Common Law* com o processo adversarial e da crença de que o juiz somente pode decidir sobre as questões necessárias à solução do caso. Cf. FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 69-75.

<sup>578</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009, p. 53-54.

<sup>579</sup> Não formam o precedente, desse modo, os argumentos acessórios, vagamente relacionados ao objeto da decisão, compreendendo impressões, pontos de vista ou comentários marginais que servem geralmente apenas para reforçar retoricamente a assertividade dos motivos determinantes, não se prestando, todavia, para delimitar a conclusão do raciocínio que terá culminado com a resolução jurisdicional. Cf. PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A decisão constitucional vinculante*. São Paulo: Método, 2011, p. 138-139.

<sup>580</sup> Historicamente, na tradição do *Common Law*, há grande divergência acerca do método mais adequado para definir a *ratio decidendi* e sobre a abrangência que lhe deve ser conferida. Nesse sentido, Cf. GOODHART, Arthur L. “Determining the ratio decidendi of a case. The ratio decidendi of a case”. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959; ALEXANDER, Larry. “Constrained by Precedent”. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1-64, nov. 1989. Na doutrina brasileira, dentre outros excelentes autores, Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259-282; CAMPOS, Patrícia Perrone. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 118-131.

precedentes na tradição do *Common Law*, todavia, está calcada na força normativa dos fundamentos, para separar a *ratio decidendi*, a parte da motivação que, substancialmente modificada, implicaria necessariamente decidir-se em sentido diverso<sup>581</sup>. Mas, deve-se perceber que, para extrair a *ratio decidendi*, deve-se estudar a decisão em sua totalidade<sup>582</sup>, inclusive quanto à colegialidade decisória<sup>583</sup>, que, infelizmente, ainda não está devidamente compreendida no cenário brasileiro<sup>584</sup>.

Ademais, como bem sabe o juiz-dialógico, a força do precedente, em grande medida, depende da qualidade da argumentação adotada pelo juiz em sua decisão. A autoridade de onde provém o precedente é critério determinante, pois o seu discurso de aplicação, não sendo voltado apenas ao plano teórico (autoridade teórica), é de ordem prática e funcional<sup>585</sup>, mas, em contrapartida, não se pode deixar de perceber a forma como se argumenta no precedente e, conseqüentemente, na decisão subsequente que o aplica, sendo extremamente relevante, para

---

<sup>581</sup> Por ser um assunto complexo, não há consenso na doutrina acerca desse conceito. Por exemplo, Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso entendem que “a *ratio decidendi* de uma decisão corresponde a uma descrição do entendimento adotado pela Corte como a premissa necessária ou adequada para decidir o caso concreto, à luz das razões invocadas pela maioria”. Assim, em aparente distanciamento da tradição do *Common Law*, defendem esses autores que “a *ratio decidendi* ou o holding não é o próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir. A *ratio decidendi* ou a tese é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão”. Nesse sentido, Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. “Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro”. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 27, jul./set. 2016.

<sup>582</sup> Observe-se que a *ratio decidendi* tem dupla natureza, pois, por uma parte, fornece os elementos necessários e suficientes fundamentos da decisão (*descriptive ratio*), mas, por outro lado, declara constitutivamente a norma que vinculará juridicamente a solução de futuros casos idênticos ou análogos (*prescriptive ratio*). Logo, como bem observa Luiz Guilherme Marinoni, “a *ratio decidendi*, no *common law*, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 220.

<sup>583</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, p. 26-31. Sobre o comportamento do órgão colegiado diante da função das Cortes Supremas de elaborar precedentes, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Julgamento colegiado e precedente”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 264, p. 357-394, fev. 2017. É interessante ainda observar os critérios e técnicas utilizados no direito norte-americano para a identificação do precedente nas decisões plurais, experiência que pode aperfeiçoar e atribuir maior racionalidade ao sistema de precedentes brasileiro. Nesse sentido, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. “Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – um sério problema no direito estadunidense”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 3, n. 5, p. 83-106, jan./jun. 2017.

<sup>584</sup> Para José Rodrigo Rodriguez, a jurisdição brasileira funciona como uma “justiça opinativa”, e “sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação”. Em suas palavras, “o caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinados julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em caso de grande repercussão pública, de externar sua opinião”. E continua: “O resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc., que torna praticamente impossível reconstruir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada”. Adiante, após afirmar que “a decisão é tomada por agregação de opinião dos juízes dos órgãos colegiados e não dá qualquer destaque às razões para decidir, conclui que “não há no Brasil um sistema de precedentes organizado”. Cf. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 63, 82 e 107, respectivamente.

<sup>585</sup> Sobre a distinção entre autoridade teórica e autoridade prática, Cf. LAMOND, Grant. “Persuasive authority in the law”. *The Harvard Review of Philosophy*, vol. XVII, 2010, p. 22.

que os seus fins também sejam funcionalmente atingidos<sup>586</sup>. Trata-se, pois, de atividade que não prescindir da hermenêutica, e, nessa perspectiva, revela-se analítica e reflexiva, pois eventuais peculiaridades fáticas do caso sob julgamento, se comparadas aos casos geradores do precedente, podem ser determinantes para a sua inaplicabilidade. A aplicação de precedentes, portanto, não pode ser mecânica e robotizada, demandando responsabilidade institucional<sup>587</sup>.

Com efeito, mesmo que o intento seja a promoção da previsibilidade e da isonomia, a aplicação dos precedentes e das súmulas não pode ser uma atividade irrefletida, pois, não custa repetir, pressupõe sempre a inserção no delicado campo da hermenêutica<sup>588</sup>, visto que precedentes e súmulas também tratam de questões fáticas, que sabidamente demandam interpretação, para identificar suas peculiaridades<sup>589</sup>. Por essa razão, o CPC/2015 (art. 489, § 1º, V e VI) preconiza que é carente de fundamentação o provimento jurisdicional que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” ou, em outro ângulo, “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Para conferir abertura ao sistema, impõe-se delinear técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*)<sup>590</sup> e superação (*overruling*)<sup>591</sup> do padrão decisório imposto pelo

---

<sup>586</sup> No sentido de que, para não ser fonte de mais litigiosidade, deve-se acrescer à qualificação formal do precedente o seu reconhecimento quanto à correção substancial, Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017, p. 101-102.

<sup>587</sup> A doutrina denuncia que o pensamento ideológico neoliberal defende, dentre as suas premissas, a aplicação de soluções pré-fabricadas pelo legislador e pelos tribunais superiores, tornando os juízes da instância ordinária, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do poder hegemônico, fazendo com que a função precípua do Poder Judiciário seja manipulada pelo capital financeiro, consistindo apenas em acalmar o mercado. Nesse sentido, Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 2 e 22.

<sup>588</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* – 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 52.

<sup>589</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 84 e 94.

<sup>590</sup> Impõe-se observar, com base na lição de Luiz Guilherme Marinoni, que não é qualquer distinção que justifica o *distinguishing*. Se, de um lado, a distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente, de outro, o *distinguishing* apenas é viável, quando o novo fato não é incompatível com o resultado a que se chegou no precedente. Esse fato, combinado com aqueles presentes no caso anterior, deve justificar o ajuste do precedente ao caso sob julgamento. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 326-328. Nessa perspectiva, o *distinguishing* funciona como uma espécie de exceção à *ratio decidendi*. Nesse sentido, Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. “Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro”. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 30, jul./set. 2016.

tribunal superior. Tendo em vista que essas técnicas pressupõem a força vinculante do precedente<sup>592</sup>, não basta invocar uma súmula, por exemplo, para decidir um caso concreto. Na adequada perspectiva do novo CPC, é preciso justificá-la diante do caso. Assim, a qualidade da argumentação depende de se especificar, tanto quanto possível, cada um dos argumentos empregados na justificação jurídica. Mas, não é só. Impõe-se demonstrar a coerência da fundamentação<sup>593</sup>, a qual, conforme preleciona Thomas Bustamante, pode ser analisada de diferentes perspectivas<sup>594</sup>.

Ademais, em termos de construção da decisão adequada, uma das mais importantes características, como já mencionado no início deste tópico, é a demonstração da “correção substancial do precedente” que se pretende aplicar como fundamento de uma nova decisão. A “força gravitacional dos precedentes”, a qual impõe a obrigação de tratar casos semelhantes de modo semelhante, está exclusivamente determinada pelos argumentos (de princípio) que justificam cada uma das decisões<sup>595</sup>. Em outros termos, a força da *ratio decidendi* adotada como motivação para uma decisão futura depende sempre, inclusive onde há precedentes

---

<sup>591</sup> Conforme preleciona Daniel Mitidiero, “o *overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica”. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 87. Esclarece Luiz Guilherme Marinoni que, no sistema norte-americano, a revogação do precedente, em regra, tem efeitos retroativos. Alguns critérios, todavia, têm sido levados em consideração, para se postergar a produção de efeitos da nova regra (*prospective overruling*), como é o caso da confiança justificada nas instituições e da prevenção contra a surpresa injusta. Em outros termos, para que o *overruling* não tenha efeitos retroativos, as situações e as relações antes estabelecidas devem ter se fundado em uma confiança qualificada, que pode ser dita uma “confiança justificável”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 391 e 419-421. Ainda a respeito da proteção da confiança legítima na superação de precedentes consolidados, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. “A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 221, p. 13-48, jul. 2013.

<sup>592</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 87.

<sup>593</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 247-278; ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 129-130.

<sup>594</sup> Para Thomas Bustamante, a coerência da fundamentação pode ser analisada em, pelo menos, cinco aspectos. Primeiramente, a teoria elaborada na justificação da decisão deve ser internamente coerente, ou seja, as regras, conceitos, fatos, afirmações, interpretações etc., que figuram na fundamentação da sentença, devem fazer “sentido em conjunto”, expressando uma ordem de valores ou princípios comuns. Em segundo lugar, a teoria ou justificação deve ser coerente com o ordenamento jurídico como um todo, assim como com os princípios fundamentais, cuja função é ordenar harmonicamente o direito. Em terceiro lugar, as normas derivadas dos precedentes judiciais devem também ser coerentes tanto com o direito positivo como com as práticas sociais vigentes no território em que vigora o direito positivo. Em quarto lugar, a justificação da decisão deve estar coerente com as evoluções e transformações por que passam o direito e suas normas no tempo contemporâneo (coerência diacrônica). E, finalmente, em quinto lugar, a conexão argumentativa entre o direito e a moral faz com que as normas derivadas dos precedentes devam estar coerentes, na máxima medida, com a moralidade. Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 249-387.

<sup>595</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 175-176.

vinculantes, de uma ponderação adequada de todos os fatores institucionais e extrainstitucionais que influem no peso dos precedentes judiciais. É adequado dizer, por essa razão, que o fundamento do precedente não pode residir somente na autoridade dos tribunais superiores, como se dá no modelo tradicionalmente adotado pelo positivismo brasileiro<sup>596</sup>.

Tendo em vista a aproximação do CPC/2015 ao regime de direitos fundamentais, pode-se afirmar que não é razoável aplicar súmulas e precedentes apenas com base no princípio da “praticidade”, pois esta postura pode levar a uma administração da justiça informada exclusivamente por argumentos pragmáticos e voltada para uma padronização massificadora da atividade jurisdicional, fazendo o juiz se afastar de sua missão institucional de promover a individualização do direito, ajustando-o e reconstruindo-o por meio de interpretações construtivas no contexto de sua aplicação a casos concretos<sup>597</sup>. Não é por outra razão que, mesmo no sistema de julgamentos repetitivos, com possibilidade de suspensão de demandas individuais subsequentes, revelar-se-ia inconstitucional vedar a concessão de medidas de urgência, quando presentes os seus pressupostos fático-jurídicos no caso concreto<sup>598</sup>.

É esta, pois, a ideia que deve conduzir um modelo de jurisdição pretensamente democrático: devem-se seguir precedentes, porque esses julgados constituem uma exigência da própria ideia de razão prática, e não porque decorrem de direito positivo formalmente

---

<sup>596</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 249-387.

<sup>597</sup> A universalidade reclamada pelo princípio da justiça formal e inteiramente compatível com a concretização do direito e com a consideração das circunstâncias específicas de cada caso concreto, uma vez que mesmo a ideia de “equidade” não deve ser lida como “contrastando com a universalidade da justiça”, já que esses juízos de equidade, ao exigirem a criação de exceções a regras gerais em função de aspectos particulares considerados na sua formulação originária, devem ser *justificados* por meio de exceções enunciadas em normas *universais* e que possam ser repetidas sempre que estiverem presentes os seus pressupostos de aplicação. A aplicação de súmulas e precedentes jurisprudenciais exige, portanto, uma consideração específica das circunstâncias de cada caso concreto, sob pena de uma aplicação irreflexiva e mal fundamentada dessa espécie de fonte do direito.

<sup>598</sup> Recentemente, em 16/04/2017, a 1ª Seção do STJ, por unanimidade, afetou o recurso especial 1.657.156, da relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos. A questão submetida a julgamento tratava da “obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria nº 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”. A Seção, com base no art. 1.037, II, do CPC, também determinou a suspensão do andamento dos 678 processos, individuais ou coletivos, que versam sobre essa questão e que tramitam atualmente no território nacional. Conforme o regimento interno do STJ (artigo 121-A) e o CPC (art. 927), a definição da tese pela 1ª Seção vai servir de orientação às instâncias ordinárias da Justiça, inclusive aos juizados especiais, para a solução de casos fundados na mesma controvérsia. A tese estabelecida em repetitivo também terá reflexo na admissibilidade de recursos para o STJ e em outras situações processuais, como a tutela da evidência (art. 311, II, do CPC) e a improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC). É preciso perceber, todavia, que, apesar da suspensão processual prevista pelo CPC em virtude de determinação de julgamento de ação sob o rito dos recursos repetitivos (art. 1.037, II, do CPC), não há impedimento para a concessão de tutelas provisórias urgentes, caso se entenda estarem cumpridos os requisitos de urgência e de risco irreparável (art. 300). Deve incidir, dessa forma, o disposto no art. 314 do CPC. De igual modo, por força do art. 296, parágrafo único, do CPC, não há vedação para o cumprimento de medidas cautelares já deferidas judicialmente.

produzido e imposto pelo tribunal superior<sup>599</sup>. Em outros termos, não há apenas razões institucionais para se seguirem precedentes, mas também razões morais, e tudo isso forma uma exigência de *accountability*<sup>600</sup> por parte dos tribunais superiores, quando julgam casos paradigmáticos, e das demais instâncias de justiça, quando analisam os casos análogos subsequentes.

É incorreta, portanto, a asserção de que a técnica do precedente implica um engessamento ou uma paralisia do procedimento argumentativo, pois o padrão decisório precedente precisa ser reinterpretado e reconstruído em cada caso concreto, por meio de uma dinâmica de argumentação por princípios<sup>601</sup>. Por conta desse dinamismo, a doutrina tem sustentado que o “*stare decisis* é uma arte”, uma vez que, se de um lado, para alcançar a previsibilidade, pode limitar a atuação discricionária judicial, por outro, conferindo liberdade aos juízes, permite que eles interpretem e determinem a partir da *ratio decidendi* ou do *holding* em casos anteriores<sup>602</sup>.

Como se percebe, é na busca da adequação da regra jurisprudencial ao caso que se concentra todo o esforço do intérprete, que tem o encargo argumentativo de buscar a solução mais acertada para cada caso que se coloca sob sua análise. Assim, é simplesmente impossível a aplicação de qualquer precedente ou, mais genericamente, de qualquer regra ou princípio jurídico, sem atenção detalhada a todas as circunstâncias específicas para cada caso concreto, com a finalidade de realizar o ajustamento da norma à realidade, por meio da individualização do direito. E da mesma forma que ocorre no sistema de precedentes, na aplicação das súmulas, o raciocínio é meramente analógico, porém, se a questão não for idêntica ou semelhante, por conta das particularidades fático-jurídicas não consideradas no texto sumular, impõe-se ao juiz, em decisão devidamente fundamentada, estabelecer a distinção, recusando a aplicação deste<sup>603</sup>.

---

<sup>599</sup> Concomitantemente, é possível que, em casos concretos, essas razões morais — que desempenham um papel decisivo na argumentação jurídica, a partir do momento em que se reconhece a mútua dependência entre direito e moral — demandem uma reinterpretação do direito e o *overruling* (superação do precedente) de uma regra jurisprudencial que não possa mais ser moralmente justificada. Cf. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 467-538.

<sup>600</sup> Para uma correlação entre *accountability* e independência judiciais, com enfoque na esfera administrativa, Cf. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. “*Accountability* e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 26-46, mar. 2013.

<sup>601</sup> ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 173-175.

<sup>602</sup> Por todos, Cf. FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 76.

<sup>603</sup> MITIDIERO, Daniel. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 72-73, abr. 2012.

Vale observar que, no sistema jurídico norte-americano, uma das principais habilidades dos advogados, conforme esclarece Toni M. Fine<sup>604</sup>, “é a de fazer a distinção do precedente (quando o advogado não quer que casos anteriores sejam aplicados) e de preceder a uma argumentação por analogia (quando deseja que casos precedentes sejam aplicados)”. A diferenciação dos casos precedentes não é tarefa fácil, e tanto é verdade, que não são todos os juízes e advogados que conseguem desenvolvê-la satisfatoriamente, apenas os mais habilidosos<sup>605</sup>.

Nesse contexto, impõe-se enfatizar que, assim como já reconheciam os representantes do realismo jurídico norte-americano, o juiz, quando decide, cria direitos, atividade que se sobrepõe à de mero contexto de descoberta ou de declaração de direitos<sup>606</sup>. A sua matéria-prima é o direito material, de modo que, preocupado com a sua efetiva tutela, e outorgando sentido a proposições textuais e elementos não textuais, promove uma verdadeira “reconstrução” da ordem jurídica por intermédio do processo, o que demonstra o caráter normativo e constitutivo da decisão<sup>607</sup>.

Observa-se, por conta de toda essa exposição, que há uma nova perspectiva quanto à função dos tribunais superiores. A interpretação dos arts. 926-928 do CPC/2015 não deixa dúvidas quanto a isso. É importante destacar que esse papel não pode ser predefinido de forma muito abstrata, pois depende de fatores sociais e institucionais de cada país, inclusive, nas democracias, é inversamente proporcional à atuação mais intensa ou não das demais funções estatais em relação à tutela do interesse público<sup>608</sup>.

No direito comparado, nem sempre se observa o direito ao recurso como parte integrante do devido processo legal<sup>609</sup>, e se tem visto, inclusive aqui na América Latina, uma

<sup>604</sup> FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão Técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 69.

<sup>605</sup> TUSHNET, Mark. “Os precedentes nos Estados Unidos”. Traduzido por Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 218, p. 107-108, abr. 2013.

<sup>606</sup> Por todos, Cf. CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. Revisão técnica da tradução por Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 122-124.

<sup>607</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Escopo jurídico do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 203, p. 313 e 316, jan. 2012.

<sup>608</sup> KERN, Christoph A. “O papel das Cortes Supremas”. Tradução de Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochen. *Revista dos Tribunais*, ano 103, v. 948, São Paulo, RT, p. 47-76, out. 2014. No Brasil, também foi publicada a seguinte versão em inglês deste artigo: KERN, Christoph A. “The Role of the Supreme Court”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 228, p. 15-36, fev. 2014.

<sup>609</sup> Na Itália, por exemplo, desde 2012, há um filtro substancial no recurso de apelação. Nesse sistema, inspirado nos modelos inglês — *Access to Justice Act of 1999 – Rule 52.3, (6) (b)* — e alemão — reforma de 2001 da ZPO, art. 522, 2 e 3 —, o tribunal de segundo grau pode rejeitar a apelação, por meio de juízo de mera verossimilhança, efetuando prognóstico a respeito da probabilidade de seu respectivo provimento. Nos EUA, o direito à apelação também não faz parte do devido processo legal. Nesse sentido, Cf. MACHADO, Marcelo Pacheco. “Reformas no recurso de apelação: como a Itália escolheu enfrentar seus problemas e como o Brasil não”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 243, p. 505-524 mai. 2015.

tendência no sentido de restringir o acesso aos tribunais superiores, que são peças-chave na construção do Estado de Direito, apenas para tratar de relevantes questões estritamente jurídicas<sup>610</sup>. Diferentemente do *Civil Law*, na tradição do *Common Law*, presente majoritariamente em países democráticos, o direito a apelar ou a obter a revisão de uma decisão é limitado. Na Inglaterra, por exemplo, salvo em casos excepcionais, a apelação não é entendida como um direito. Em um sistema em que há decisões densas e fartamente fundamentadas, exigindo notável competência dos *barristers*, a *Court of Appeal* julga, anualmente, pouco mais de mil recursos, enquanto a Suprema Corte do Reino Unido não chega a julgar uma centena no mesmo período<sup>611</sup>.

Existe lógica na divisão de competências hierárquicas entre os órgãos do Poder Judiciário e na estrutura do sistema recursal, pois, ordinariamente, os tribunais superiores não devem funcionar como órgãos de terceiro e quarto graus de jurisdição<sup>612</sup>. O instituto do “prequestionamento”, relacionado ao cabimento dos chamados “recursos excepcionais” (arts. 102, III, e 105, III, da CF), demonstra bem esse fato<sup>613</sup>. Eventual rediscussão da “justiça” da decisão, com amplo reexame de fatos e provas, deve ficar reservada à instância ordinária,

<sup>610</sup> OTEILZA, Eduardo. “A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 187, p. 181-230, set. 2010.

<sup>611</sup> Em 1934, o acesso à *House of Lords* deixou de ser direito da parte. O recorrente, a partir dessa data, passou a precisar de uma permissão, para interpor o recurso final, obtida ou no juízo *a quo* ou na própria *House of Lords*. Em 1966, a *House of Lords* declarou seu poder no sentido de modificar suas próprias decisões (*overruling*). Em 2009, a *House of Lords* foi transformada em Suprema Corte do Reino Unido, com competência para julgar recursos finais das causas provenientes da Inglaterra, da Escócia e da Irlanda do Norte. Observe-se que a *Court of Appeal* em Londres, diversamente, só tem competência para julgar recursos interpostos em processos ingleses. O principal motivo para a criação da Suprema Corte, acabando com a *House of Lords*, foi a necessidade de desmembramento das três responsabilidades do *Lord Chancellor*, que também tinha poderes típicos do Executivo e do Legislativo. Observe-se que, apesar de sua função ser exclusivamente jurisdicional, a Suprema Corte do Reino Unido não tem poderes para invalidar um ato do Parlamento. Todos os tribunais britânicos, todavia, podem dizer que uma determinada lei está em desacordo com a Lei de Direitos Humanos de 1998, sendo tarefa do Governo, posteriormente, tomar as providências para retirar os dispositivos apontados. Como a Suprema Corte do Reino Unido tende a se transformar em Corte Constitucional, tem-se apontado uma ruptura com a tradição, no sentido de que esse novo papel poderá levá-la à politização, transformando os seus juízes em celebridades. Cf. ANDREWS, Neil. “A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica”. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 186, p. 299-312, ago. 2010.

<sup>612</sup> Conforme preleciona Rodolfo de Camargo Mancuso, “as Cortes Superiores não podem operar como *terceira ou quarta instância*, ou como singelas produtoras de *mais uma* prestação jurisdicional, mas antes devem se concentrar no deslinde de *casos singulares e complexos*, que, ademais, sejam de molde a repercutir em muitas outras controvérsias análogas, ao largo e ao longo do país. Somente assim se preservará o ambiente necessário à efetividade dos trabalhos desenvolvidos nas Cortes Superiores, ao mesmo tempo em que se criam condições para a formação da jurisprudência assentada, necessária, assim, à preservação de futuros processos, como à resolução isonômica daqueles pendentes”. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 414.

<sup>613</sup> Sobre a correlação existente entre “prequestionamento” e “função constitucional dos tribunais superiores”, com reflexão sobre a repercussão geral e a relevância da questão federal, Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017, p. 110-124.

formada pelos dois primeiros graus de jurisdição. Já aos tribunais superiores, deve-se reservar um papel de destaque no que concerne aos seus posicionamentos como manifestações de razão pública<sup>614</sup>, e, nesse sentido, devem atuar com a função prospectiva de guias de interpretação do Direito<sup>615</sup>.

Assim, na linha do que esclarece Michele Taruffo<sup>616</sup>, pode-se afirmar que, atualmente, a principal função dos tribunais superiores, seja na tradição do *Common Law*, seja na tradição do *Civil Law*, é a nomofilática por intermédio do precedente, justamente para indicar que a função típica de uma Corte de Superposição é a de assegurar o uniforme respeito à ordem jurídica por meio de decisões universalizáveis e projetáveis para o futuro<sup>617</sup>. Com efeito, na linha do que há tempo sugeria a doutrina para a Corte de Cassação italiana<sup>618</sup>, é preciso que os tribunais superiores julguem pouco, para que possam julgar bem e com qualidade<sup>619</sup>.

---

<sup>614</sup> Em outros termos, mesmo que se reconheça que os “tribunais de vértice” devam desempenhar as funções *dikelógica* (justa solução do caso concreto), *nomofilática* (preservação da higidez da ordem normativa ao nível nacional) e *paradigmática* (formação de jurisprudência, dominante ou sumulada, capaz de parametrizar os julgamentos dos casos análogos), entende-se que esse conjunto de preocupações deve sempre se direcionar, não custa repetir, no sentido de eles servirem como guias interpretativos a respeito de significados suportáveis pelo texto normativo, vinculando a instância ordinária e conduzindo comportamentos sociais. Nesse sentido, Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017, p. 41; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 445-454; ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Recursos repetitivos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 185, jul. 2010, p. 268. Analisando os escopos dos recursos para os tribunais de cúpula, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas esclarecem que as funções clássicas desses tribunais são a “nomofilática” e a “uniformizadora”, ao passo que as funções contemporâneas seriam a “dikelógica” e a “paradigmática”. Nesse sentido, Cf. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 308-328.

<sup>615</sup> Conforme preleciona Daniel Mitidiero, os tribunais superiores devem atuar como Cortes Supremas, que não têm a função de estabelecer o controle de legalidade retrospectivo. Pelo contrário, a partir da distinção entre “texto” e “norma”, a função das Cortes Supremas é interpretar adequadamente o Direito por meio do precedente, que se constitui em fonte primária do Direito, vinculando toda a sociedade. Os tribunais superiores, dessa forma, devem atuar como guias interpretativos, visando à unidade do Direito. Nessa perspectiva, o desrespeito à interpretação ofertada por estes tribunais, quando não há distinção no caso, constitui falta grave em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 57-58, 65-66, 75, 79, 85, 112 e 153.

<sup>616</sup> TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 153, set. 2011.

<sup>617</sup> TARUFFO, Michele. “As funções das cortes supremas. Aspectos gerais”. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 117-139.

<sup>618</sup> Para uma visão clássica da Corte de Cassação italiana, como modelo de tribunal reativo e voltado ao controle jurídico acerca da correta aplicação da lei pelo órgão recorrido, Cf. CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Vol. I (Storia e Legislazioni). Milano: Fretelli Bocca, 1920; CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Vol. II (Disegno Generali Dell’istituto). Milano: Fretelli Bocca, 1920.

<sup>619</sup> TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 186. No mesmo sentido, em estudo recente, Cf. TARUFFO, Michele. “Uma reforma da Corte de Cassação?”. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira e Melina Dall’Igna. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 71. Atualmente, o art. 360-*bis* do CPC italiano, introduzido pela Lei nº 69/2009, estabelece um filtro de admissibilidade para o recurso de cassação. Dispõe esse dispositivo o seguinte: “*Il ricorso è inammissibile: 1)*

Se há essa preocupação antes com a qualidade, que é uma premissa para se decidir adequadamente, pode-se passar para outros dois fins relevantes do sistema judicial, que são a padronização decisória para casos análogos e a celeridade, notadamente diante de uma sociedade massificada e caracterizada pela litigância repetitiva<sup>620</sup>.

Não se desconhece que a técnica legislativa mudou com o passar dos tempos, de modo que o juiz utiliza, atualmente, textos normativos vagos (conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, conforme o caso), para criar a solução do caso concreto<sup>621</sup>. Esse fato, todavia, não lhe permite desconsiderar que está inserido em um sistema de solução de conflitos que, também compromissado com a coerência e a previsibilidade decisórias, exige do juiz responsabilidade institucional<sup>622</sup>, inclusive para não atingir a “justiça” enquanto valor transcendental da ordem jurídica<sup>623</sup>. Se fosse permitido que jurisprudência variasse ao sabor das convicções pessoais

---

*quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa; 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*”. Nessa perspectiva, a Corte de Cassação italiana assumiu duas funções complementares e interligadas: a) exigir a correta aplicação do direito (constitucional ou infraconstitucional) no caso concreto; b) unificar e coordenar a interpretação das leis, garantindo, no interesse público, a homogênea evolução da jurisprudência. É por esse motivo que a doutrina a qualifica como um *vertice ambiguo*, pois, a um só tempo, assegura a justiça do caso concreto e padroniza a interpretação do direito. Sobre o tema, Cf. BONATO, Giovanni. “O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano”. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid coordenadores. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 191-217. A Corte de Cassação italiana foi inspirada na *Cour de cassation française*. Sobre o atual estágio evolutivo desse tribunal, Cf. CADIET, Loïc. “O rol institucional e político da corte de cassação na França: tradição, transição, mutação”. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. Tradutores Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: RT, 2017, p. 131-163.

<sup>620</sup> CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. “A jurisprudência como fonte do direito”. *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Coordenador Donaldo Armelin. São Paulo: RT, 2010, p. 243; BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010, p. 182.

<sup>621</sup> NOJIRI, Sérgio Nojiri. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2005, p. 195.

<sup>622</sup> Deve haver, pois, uma preocupação com a previsibilidade do Direito. É que o excesso de dispersão de jurisprudência, fenômeno tipicamente brasileiro e latino-americano, compromete a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, desqualificando o ordenamento jurídico, pois a presença constante de decisões contraditórias destitui o Direito de autoridade, negando-lhe a sua força intrínseca de estimular e evitar condutas e, dessa forma, a sua capacidade de fazer com que os homens se sintam responsáveis. Ademais, a violação do precedente é uma conduta danosa às partes, uma vez que a prejudicada estará diante do ônus da interposição do recurso pertinente, e ao próprio Poder Judiciário, que terá que reafirmar um posicionamento já consolidado, fatos que, isoladamente ou não, comprometem a eficiência administrativa e a racionalização da atividade judiciária. Nesse sentido, Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Anotações sobre o Projeto de Lei nº 166/2010, para um novo Código de Processo Civil”. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Coordenadores Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 725; MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 73, mar. 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014, p. 113-114.

<sup>623</sup> Na lição de Mônica Sifuentes, “se a justiça pressupõe certa ordem, a certeza é condição para sua realização, de modo que, sob esse prisma, esses valores se integram como aspectos complementares da mesma realidade. Sendo a certeza um elemento essencial à norma jurídica, uma lei ou ato normativo incerto conduz a uma situação contrária ao direito, que impõe todo esforço no sentido de sua superação”. Cf. SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante – Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291.

do julgador, como tradicionalmente ocorreu por aqui, estar-se-ia prestando um desserviço às instituições, fato que inegavelmente atinge o desenvolvimento econômico<sup>624</sup> e social<sup>625</sup>.

É preciso, pois, mudar a visão tradicional acerca da posição dos tribunais superiores, no sentido de servir como órgão de controle das instâncias inferiores, corrigindo seus erros e confirmando os seus acertos, mediante atividade que olha apenas para o passado e fixa um modelo de jurisprudência não normativa (função jurisprudencial retrospectiva). De igual modo, deve-se superar a visão de que interpretar é declarar uma norma pré-existente. Pelo contrário, partindo-se da premissa de que, atualmente, a norma é o resultado de uma atividade cooperativa entre o Legislativo e o Judiciário, os tribunais superiores — especialmente em um país de dimensão continental como o Brasil — devem ser vistos como guias interpretativos a respeito de significados suportáveis pelo texto normativo, vinculando a instância ordinária.

Essa visão do fenômeno, repita-se, não pretende engessar o Direito. Não se deseja, pois, defender que entendimentos sejam eternizados. Antes, e bem pelo contrário, será sempre possível a revisão da tese, pelos legitimados para a promoção dos processos de jurisdição constitucional, quando houver mutação do contexto social ou cultural. Agora, se esse fato não ocorrer, a tese jurídica fixada pelo tribunal superior “haverá de ser observada por juízes e tribunais, em cada processo, assegurando o tratamento igualitário em todo o território nacional, com a aplicação da lógica de decisão semelhante para situação fática e jurídica semelhante”<sup>626</sup>. “Em outras palavras, visa-se a assegurar prestação jurisdicional homogênea para processos em que se discute idêntica questão de direito”<sup>627</sup>.

Nesse contexto, observe-se que, ao contrário do que pode parecer ao senso comum, a formação de um sistema de precedentes fortalece a magistratura. Conforme preleciona Luiz

<sup>624</sup> BASTOS, Antonio Adonias A. “A estabilidade das decisões como elemento constitutivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 227, p. 308-311, jan. 2014.

<sup>625</sup> Revelam-se oportunas as seguintes observações de Luiz Fux: “A Jurisprudência assumiu o mesmo relevo característico dos sistemas da família da *common law*, vinculando juízes e tribunais, reclamando, por seu turno, a perfeita adequação da causa ao precedente (*distinguishing*), a possibilidade de sua modificação (*overruling*), bem como a modulação temporal da modificação jurisprudencial no afã de evitar a surpresa judicial, a interdição que conspira em prol da prometida segurança jurídica eclipsada em cláusula pétrea constitucional. Essa força emprestada à jurisprudência viabiliza, também, a previsibilidade das decisões, respeitando as justas expectativas dos jurisdicionados e preservando, em níveis aceitáveis, o denominado ‘risco Brasil’. É que a mudança abrupta da jurisprudência desorganiza a vida de pessoas e empresas e, por via oblíqua, afasta os investimentos no país, cuja *ratio essendi* se situa exatamente na previsibilidade da legalidade da atividade empreendida”. Cf. FUX, Luiz. “O novo processo civil”. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 11.

<sup>626</sup> COELHO, Marcus Vinicius Furtado. “O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 185, p. 148, jul. 2010.

<sup>627</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. “Recursos repetitivos; realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 191, p. 191, jan. 2011.

Guilherme Marinoni<sup>628</sup>, o Poder Judiciário, enquanto instituição essencial ao desenvolvimento da democracia, e considerando a sua missão de prestar tutela jurisdicional adequada, resta fortalecido a partir das ideias de unidade do direito e de precedentes obrigatórios. O respeito aos precedentes, considerando a posição dos tribunais superiores na ordem jurídica brasileira, constitui elemento garantidor da eficiência e da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Não se trata de mera submissão da instância ordinária aos tribunais superiores, mas de preocupação com a máxima da isonomia, diante da identidade quanto à questão de direito submetida a julgamento, sem prejuízo de uma cultura que, coerente e integralmente, respeita o passado.

É claro que essa estratégia sacrifica a liberdade criativa dos juízes que ocupam a instância ordinária, mas redundando em benefício da coerência do sistema, tornando efetivas as máximas da igualdade e da universalidade na prestação da tutela jurisdicional. Ademais, o princípio da independência judicial não é incompatível com a vinculação do juiz ao sistema de fontes do direito<sup>629</sup>, como é o caso da jurisprudência formada por precedentes dos tribunais superiores. Pelo contrário, a independência judicial resta comprometida, quando sujeita à influência de poderes, opiniões e interesses que se situam fora do sistema, mas, repita-se, não é o caso do sistema de precedentes<sup>630</sup>.

Diante de todo o exposto, conclui-se que se deve considerar uma adequada teoria de precedentes nos casos envolvendo judicialização da saúde pública. Nesse sentido, não se podem construir parâmetros decisórios e procedimentais envolvendo essa temática desconsiderando, arbitrariamente, os precedentes pertinentes<sup>631</sup>. A partir dessa constatação, o

---

<sup>628</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014, p. 105; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 188 e 202-208.

<sup>629</sup> Não deve haver dúvidas quanto a essa constatação, pois o sistema de precedentes apresenta os seguintes elementos que delimitam as fontes do direito: a) a existência de uma norma jurídica que prescreve a realização ou a omissão de uma conduta; b) a existência de um destinatário que tem o dever jurídico de realizar ou omitir dita conduta; c) a existência de um titular que tem o direito subjetivo de exigir judicialmente a realização ou a omissão da conduta prescrita pela norma jurídica; d) a existência de uma sanção que deve ser imposta ao destinatário da norma jurídica, na hipótese de este não levar a cabo a conduta devida.

<sup>630</sup> Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 185-216.

<sup>631</sup> Em sede de IRDR, por exemplo, o TJSC (processo nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000), em matéria de judicialização de saúde pública, disciplinou da seguinte forma: (1) Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1.1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (1.2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). (2) Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (2.1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2.2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (2.3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões;

juiz-dialógico, deparando-se com uma decisão pertinente oriunda de tribunal superior, seja um precedente forte ou fraco, não importa, estabelecerá um diálogo com essa decisão, estudando as peculiaridades do caso gerador dos fundamentos universalizáveis<sup>632</sup>. Dessa forma, desincumbir-se-á do seu dever de considerar o precedente, inclusive para verificar, de forma adequada, se a sua decisão envolve caso distinto, até mesmo nas tutelas de urgência. A aplicação do precedente, portanto, deve consagrar a isonomia como valor democrático, no sentido de que a decisão deve adotar a mesma regra para casos inequivocamente análogos, sem prejuízo de considerar aspectos de sua correção substancial. Do contrário, ou seja, se a aplicação for automática e robotizada, a aplicação será autoritária e irresponsável institucionalmente. Afinal, nas questões envolvendo a vida e a dignidade, não se pode decidir previamente, ou seja, sem exercício de atividade interpretativa, por intermédio de conceitos abstratos e critérios meramente formais.

Para finalizar este capítulo, impõe-se visualizar, ainda que resumidamente, como o dever de fundamentação adequada das decisões judiciais está disciplinado no CPC.

#### 2.4 DA FUNDAMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA NA PERSPECTIVA DO CPC/2015

Como visto, a atividade interpretativa racional apresenta justificação interna e justificação externa, e o resultado da interpretação, para também vencer o teste de racionalidade, deve ser universalizável e coerente<sup>633</sup>. Esses aspectos, todavia, são insuficientes para a construção de um modelo decisório democrático. É preciso agregar a esses parâmetros argumentativos critérios hermenêuticos<sup>634</sup>, mesmo que, intencionalmente, incorra-se em sincretismo metodológico.

Nessa perspectiva, a decisão, como ato de poder, passa a ser vista, de forma completa, como um “ato de responsabilidade política”, algo que não se confunde com a mera opção entre teses, e tem como condição a fundamentação, ou seja, primeiro o juiz fundamenta para,

---

(2.4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

<sup>632</sup> Conforme preleciona Daniel Mitidiero, “uma interpretação é racional quando a atividade do intérprete é justificada e o seu resultado é coerente e universalizável”. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017, p. 61.

<sup>633</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 97.

<sup>634</sup> No mesmo sentido, Cf. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 130-133.

só depois, decidir<sup>635</sup>. Por isso, em seus fundamentos, a decisão judicial democrática recebe não só limitações institucionais quanto ao respeito ao “formalismo jurídico” e aos “precedentes jurisprudências”, mas também quanto à análise da historicidade das categorias jurídicas aplicáveis ao caso.

Todos esses parâmetros são observados pelo juiz-dialógico, que, inclusive, se não os observasse, sentir-se-ia constrangido, mas ele tem outra preocupação, relacionada ao que Lenio Streck denomina de predadores internos e externos da autonomia do Direito<sup>636</sup>, os quais quase sempre estão presentes na concepção de que julgar casos difíceis pressupõe “discrecionabilidade judicial”<sup>637</sup>, que, ao ensejar o arbítrio decorrente de voluntarismos interpretativos<sup>638</sup>, “transforma os juízes em legisladores”<sup>639</sup> e se revela incompatível com a democracia<sup>640</sup>. Ora, o conteúdo da atividade política assume forma jurídica, razão pela qual, como já foi dito neste estudo, no processo interpretativo estabelecido em um ambiente democrático, os limites semânticos dos textos normativos devem ser observados pelo juiz<sup>641</sup>.

Assim, ratificando a premissa de que decidir é um “ato responsável”, é fundamental perceber que, em uma democracia, os juízes devem decidir de acordo com o sistema jurídico<sup>642</sup>, e não conforme suas convicções morais ou interesses<sup>643</sup>, ou seja, as decisões, por

<sup>635</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Comentários ao art. 489”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 681 e 683.

<sup>636</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 248.

<sup>637</sup> LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2013, p. 170-173. Conforme preleciona Georges Abboud, o juiz que atua discrecionariamente e sem se vincular ao Direito, por entender que sua atuação é também política, deixa de ser um juiz de direito e passa a ser um “juiz-estrategista” (uso estratégico da jurisdição), “juiz com interesse”, “juiz ideológico”, “juiz ativista de uma causa”, “juiz oportunista” etc. Cf. ABOUD, Georges. “Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo”. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. Lenio Luiz Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133.

<sup>638</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 73, 78 e 93.

<sup>639</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 91.

<sup>640</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 54.

<sup>641</sup> MÜLLER, Friedrich. *Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*. Tradução de Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014, p. 23-30, 118-123 e 144-145.

<sup>642</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning (law, state e practical reason)*. Oxford: Oxford University, 2005, p. 23.

<sup>643</sup> Conforme preleciona Ronald Dworkin, “os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado”. Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

desprezarem a legislação aplicável, não podem ser fruto da vontade individual, ideologia ou subjetividade do julgador<sup>644</sup>, sendo certa também a advertência no sentido de que a falsa ideia de “livre convencimento” do julgador não passa de um “álibi teórico” para a ideologização na aplicação do Direito<sup>645, 646</sup>.

O Direito, não obstante se relacione com a Moral, a Política e a Economia, não se confunde com esses ramos do conhecimento, especialmente pelos “critérios institucionais” que condicionam a correção do seu discurso, que tem um “código comunicativo” próprio<sup>647</sup>. Pressupõe-se, assim, que, embora o conhecimento seja multidisciplinar, não pode haver a dominação ou domesticação de área do conhecimento para a outra<sup>648</sup>, de modo que as interpretações de moralidade pública devem ser filtradas pelo Direito<sup>649</sup>, que, na mesma perspectiva, não pode ser corrigido pela Economia<sup>650</sup>. Afinal, como já afirmado neste capítulo, o sistema jurídico é operativamente fechado, e, de maneira paradoxal, cognitivamente aberto<sup>651</sup>.

---

<sup>644</sup> Para Dalmo de Abreu Dallari, embora indesejável, há risco de que os aspectos ideológicos do juiz predominem no seu exercício profissional a ponto de adotar concepções meramente formalistas do Direito, desconsiderando, por exemplo, a existência de normas internacionais, para negar a efetividade dos direitos humanos. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39-40.

<sup>645</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?”. *Compreender direito: nas brechas da lei*. Vol. 3. São Paulo: RT, 2015, p. 106.

<sup>646</sup> Conforme prelecionam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “os juízes não são eleitos, o que torna ainda mais ilegítima a possibilidade de que imponham os seus valores pessoais sobre os jurisdicionados, ou que os invoquem para derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo”. Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 448.

<sup>647</sup> Conforme preleciona Jürgen Habermas, há critérios institucionais a serem observados no Direito, critérios esses que condicionam o acerto ou não de uma decisão jurídica. Esses critérios anteriores não existem, por exemplo, nos discursos meramente morais. Como afirma esse autor, “se algo deve ser julgado, sob um ponto de vista moral só é possível de decidir a partir da perspectiva dos participantes, uma vez faltarem critérios externos ou anteriores”. Assim, “uma moral autônoma dispõe, unicamente, de procedimentos falibilistas da fundamentação de normas”. É interessante observar que, “enquanto normas morais têm sempre o seu fim, em si mesmas, as normas jurídicas servem, igualmente, como meio para fins políticos”. Nessa perspectiva, embora não se confunda com a Política, desta o Direito é dependente para a realização da função regulatória. Há, em outros termos, um aspecto instrumental do Direito. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p. 54-57.

<sup>648</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica, constituição e processo, ou de ‘como a discricionariedade não combina com democracia’: o contraponto da resposta correta”. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21.

<sup>649</sup> FISS, Owen. “Morte do direito?”. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017, p. 287.

<sup>650</sup> No sentido de que, em uma legítima democracia, eventuais discordâncias morais acerca de determinada decisão devem ser resistidas pelo Direito, dentro dos seus limites, Cf. ROSA, Alexandre Morais da. “Constitucionalismo garantista: notas lógicas”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 146.

<sup>651</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 164.

Dessa forma, o Direito, como conceito interpretativo<sup>652</sup>, correlaciona-se com diferentes áreas do conhecimento, mediante relação de complementariedade e diálogo recíproco<sup>653</sup>, e não de subordinação<sup>654</sup>, sempre submetendo a decisão, principalmente quando invocada a aplicação direta de algum princípio constitucional, à observância do código lícito-ilícito<sup>655</sup>. Nessa perspectiva, “a argumentação jurídica implica a utilização de critérios morais dentro dos limites estabelecidos pelo Direito”<sup>656</sup>, ou seja, nos limites permitidos pela Constituição<sup>657</sup>, há atividade coordenada na concretização de valores, mas sempre, repita-se, com respeito aos critérios de legalidade e constitucionalidade<sup>658</sup>. O juiz, portanto, deve se pautar, no momento da decisão, pela estrita obediência aos programas do sistema jurídico<sup>659</sup>, valorizando sua autonomia funcional e sua comunicação específica<sup>660</sup>. Trata-se, enfim, de um ônus da própria noção de democracia<sup>661</sup>.

<sup>652</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Quanto o direito só serve para dizer ‘que feio é isso’: o problema da diferença entre direito e moral”. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. Vol. 1. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2014, p. 149.

<sup>653</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 93-100.

<sup>654</sup> É recomendável, certamente, o diálogo interdisciplinar, essencial ao desenvolvimento de cada área do conhecimento, a partir de uma compreensão mais completa da realidade. Normalmente, os estudos apontam uma análise econômica do Direito. É clássica, nesse sentido, a lição de Ronald Coase acerca do fato de os tribunais influenciarem diretamente no desenvolvimento da atividade econômica. Cf. COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 119. Todavia, o inverso também ocorre. Marcus Faro de Castro, por exemplo, propõe uma análise jurídica da política econômica, com reflexo no desenvolvimento das políticas públicas. Cf. CASTRO, Marcus Faro. “Novas perspectivas jurídicas sobre as reformas das políticas públicas no Brasil”. *Direito UnB*, Brasília – DF, v. 1, n. 1, p. 32-64, jan./jun. 2014.

<sup>655</sup> Conforme preleciona Lenio Streck, apesar de o Direito ser um fenômeno complexo, é certo que o juiz, na democracia, não deve corrigir o Direito pela Moral. É o Direito que deve filtrar a Moral, e não o contrário. Nessa perspectiva, o Direito não pode ser corrigido por argumentos políticos ou morais. A decisão jurídica deve ser dada por princípios, e não por critérios de Política, e decidir por princípio, nessa perspectiva, significa um caminho para a decisão correta, ou seja, para alcançar uma resposta adequada à Constituição. É importante perceber também, nesse contexto, que os princípios, como espécies de normas, e não meros valores, devem ser fiadores da autonomia do Direito, pois sua aplicação também está condicionada ao teste do código lícito-ilícito. Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 168, 171, 181, 182, 185-186 e 187.

<sup>656</sup> ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014, p. 296.

<sup>657</sup> FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016, p. 23-24.

<sup>658</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: apontamentos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 573-577.

<sup>659</sup> No sentido de que, no momento da decisão, em uma democracia pluralista, o juiz pode considerar as aspirações sociais, ou seja, a atribuição de sentido realizada majoritariamente pela sociedade, porém, exatamente por ser constrangido a encontrar a solução dentro do sistema jurídico, com a observância dos aspectos comunicativos que tornam o Direito autônomo em relação às outras disciplinas, Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 158-166.

<sup>660</sup> LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre – RS, Ajuris, ano XVII, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

<sup>661</sup> STRECK, Lenio Luiz. “O supremo não é o guardião da moral da nação”. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2014, p. 174-176.

O juiz-dialógico, a partir desse contexto, também adverte para a necessidade de se ter o cuidado com os excessos de eventual aplicação das ideias do pragmatismo jurídico no campo das decisões judiciais. As ideias pragmáticas de Richard Posner<sup>662</sup>, por exemplo, devem ser recebidas com cautela, quando se pretende decidir democraticamente, pois, de certo modo, pode conduzir a uma supervalorização da perspectiva empírica em detrimento do ângulo normativo.

O pragmatismo jurídico é uma teoria sobre a atividade judicial caracterizada por três características: a) contextualismo; b) consequencialismo; e c) anti-fundacionismo<sup>663</sup>. Nessa perspectiva, de logo se observa que a melhor decisão, para o pragmatista, é aquela que, no contexto do caso concreto, melhor corresponder às necessidades humanas e sociais<sup>664</sup>, ou seja, conceitos cognitivos, como o de “verdade”<sup>665</sup>, só têm significado na perspectiva de suas consequências práticas<sup>666</sup>, correspondendo à construção da própria realidade<sup>667</sup>. As decisões públicas, para o pragmatista, devem se basear em fatos e consequências, e não em conceitualismos e generalizações<sup>668</sup>.

Assim, já se percebe que, ao contrário das abordagens positivistas e formalistas do Direito, o pragmatista não possui compromissos rígidos com os tradicionais imperativos de segurança ou certeza jurídica<sup>669</sup>. Critérios hermenêuticos, portanto, não se aplicam ao juiz-

---

<sup>662</sup> Para uma visão geral sobre os princípios do pragmatismo jurídico, Cf. POSNER, Richard. “The rise and fall of judicial self-restraint”. *California Law Review*, v. 100, n. 3, p. 540-542, jun. 2012.

<sup>663</sup> Sobre o tema, Cf. EISENBERG, José. “Pragmatismo jurídico”. *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 656-657.

<sup>664</sup> Para os pragmatistas, a validade de uma proposição está diretamente relacionada à sua capacidade de resolver problemas. O conhecimento em si, a essência das coisas ou a verdade só são relevantes nessa perspectiva. Por todos, Cf. RORTY, Richard. *Consequências do pragmatismo*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1982, p. 231-238. Para uma análise dessa visão sob a ótica do Direito, interferindo na tomada de decisões, Cf. ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. “Pragmatismo jurídico e decisão judicial”. *Pensar*, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 426-427, mai./ago. 2015.

<sup>665</sup> Para uma introdução acerca da concepção adotada pelos pragmatistas clássicos (Charles S. Peirce, William James e John Dewey) acerca do conhecimento e da verdade, Cf. SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Tradução de Fabio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 11-29. O pragmatismo não queria definir a verdade, apenas tinha por escopo servir de método apto a instrumentalizar, a partir da experiência, a escolha de decisões adequadas ao caso. Nesse sentido, Cf. GUIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *O que é pragmatismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 18-22.

<sup>666</sup> WAAL, Cornelis de. *Sobre pragmatismo*. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007, p. 18.

<sup>667</sup> JAMES, William. *Pragmatismo*. Tradução de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 171.

<sup>668</sup> POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 357-358.

<sup>669</sup> Conforme preleciona Ronaldo Porto de Macedo Junior, “Posner defende uma teoria do direito flexível, num certo sentido abertamente atórica, que apoia uma investigação geral de natureza econômica e científica, ao mesmo tempo em que rejeita a busca por unidade, ordem e método integrador”. Cf. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. “Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo”. *Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 239.

pragmatista, que, como protagonista do seu caso, não se preocupa em manter uma coerência lógica do sistema jurídico, caso isso não sirva a um resultado socialmente desejável<sup>670</sup>.

O passado, para o juiz-pragmatista, não lhe causa um constrangimento determinante<sup>671</sup>. Assim, ciente também de que a lógica tem função limitada quanto aos problemas jurídicos<sup>672</sup>, ele olha não apenas para o caso presente<sup>673</sup>, mas também para o futuro<sup>674</sup>, motivo pelo qual decide de acordo com “razoabilidade”<sup>675</sup> e com as melhores consequências<sup>676</sup>. Em outras palavras, apesar de considerar as fontes do Direito, o juiz-pragmatista, no processo decisório, está orientado pelo objetivo de fazer a escolha que produza os melhores resultados<sup>677</sup>. “Ao decidir, ele se torna servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento”<sup>678</sup>.

Como há, na “teoria normativa da decisão judicial” pragmatista, “centralidade das consequências”<sup>679</sup>, o juiz-pragmatista revela-se antipositivista na medida em que prega que o Direito não deva ser tido como integralmente estabelecido em convenções e decisões políticas do passado; pelo contrário, o sentido das normas e obrigações jurídicas deveria ser construído a partir de uma análise das “consequências sociais” de cada uma das interpretações possíveis<sup>680</sup>. Nessa perspectiva, a teoria do direito deve dialogar com diversas disciplinas<sup>681</sup>,

<sup>670</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Pragmatismo”. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento – Casa do Direito, 2017, p. 224-225.

<sup>671</sup> POSNER. Richard. A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 348-349.

<sup>672</sup> Conforme preleciona Susan Haack, “um sistema jurídico precisa de conceitos capazes de se adaptar a novas circunstâncias, novas tecnologias e novos valores, e é por isso que nenhum modelo apertadamente lógico pode capturar o coração do que envolve o raciocínio jurídico”. Cf. HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Tradução de Rachel Herdy. São Paulo: Loyola, 2011, p. 38.

<sup>673</sup> POSNER. Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 381.

<sup>674</sup> POSNER. Richard. A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 5, 55 e 65.

<sup>675</sup> *Idem*, p. 50.

<sup>676</sup> FREIRE, Alonso Reis. “O pêndulo de Posner”. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 235 e 244, jul./dez. 2015.

<sup>677</sup> POSNER. Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 393 e 415-416.

<sup>678</sup> EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. “Pragmatismo, direito e política”. *Novos Estudos Cebrap*, n. 62, p. 109-110, mar. 2002.

<sup>679</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. “Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmiento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 185-187 e 196.

<sup>680</sup> Conforme preleciona Ricardo Lorenzetti, uma das formas de controle da decisão judicial é de índole “consequencialista” e concentra na análise das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que a decisão pode conduzir no futuro. Funciona como um alarme para a solução: se a consequência conduzir a uma situação de prejuízo institucional, a Corte dirá que deve prevalecer esta última; portanto, deverão ser buscados os mecanismos que compatibilizem a solução com o menor dano institucional possível. Em outras hipóteses, as consequências poderão não ter essa gravidade, e o juiz poderá valorá-las conforme os princípios”. Cf.

e, por pressupor uma “ética normativa liberal”<sup>682</sup>, a Análise Econômica do Direito<sup>683</sup>, relativizando a autonomia deste<sup>684</sup> e focando sua metodologia no critério da eficiência econômica<sup>685</sup>, é apenas uma das ferramentas utilizadas pelo juiz-pragmatista, para situar suas decisões judiciais em bases objetivas.

Observe-se, ainda, que uma nota central do pragmatismo é que esta concepção de juridicidade vê o Direito como “instrumento da política”, de modo que a melhor decisão será aquela mais eficiente para fomentar a política pública, que está por trás do sistema jurídico<sup>686</sup>. O juiz e, principalmente, as Cortes Constitucionais assumem um papel político ativo, pois suas decisões devem ser tomadas não com base em fórmulas abstratas ou em regras jurídicas fixadas, de forma canônica, em uma legislação ou sistema de precedentes, mas a partir de uma reflexão política sobre o fato de que aquela decisão contribui, ou não, para se atingir uma finalidade pública tida como relevante<sup>687</sup>. O pragmatismo norte-americano, por exemplo, é extremamente cético em relação ao emprego de teorias morais abstratas e sobre os princípios fundamentais do Direito<sup>688</sup>. Recomenda deixar de lado as teorias abstratas sobre o governo, os direitos, a legitimidade, a democracia ou o Direito e substituí-las pelo “senso comum” e por uma noção “prática” do que seja factível ou razoável.

Como se percebe, trata-se de concepção que facilmente pode acarretar decisões judiciais autoritárias e, com efeito, antidemocráticas<sup>689</sup>, justamente o que não deseja produzir o juiz-dialógico. Não há respeito a um padrão hermenêutico que considera a historicidade e o

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2010, p. 365.

<sup>681</sup> POSNER, Richard. A. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. VIII.

<sup>682</sup> CHIASSONI, Pierluigi. “Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto”. *Filosofi del Diritto Contemporanei*. A cura di Gianfrancesco Zanetti. Milano: Raffaello Cortina, 1999, p. 189.

<sup>683</sup> Resumidamente, a Análise Econômica do Direito pode ser conceituada como a aplicação da teoria econômica, especialmente da microeconomia e dos conceitos básicos de economia de bem-estar, para examinar a formação, estrutura, processo e impacto econômico no Direito e nas instituições jurídicas. Nesse sentido, Cf. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond*. 2nd. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 1. Sobre Análise Econômica do Direito, Cf. COASE, Ronald H. “The problem of social cost”. *Journal of Law and Economic*, v. 3, p. 1-44, oct. 1960; CALABRESI, Guido. “Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts”. *Yale Law Review*, vol. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

<sup>684</sup> Richard Posner afirma, categoricamente, que “a análise econômica do direito, quase por definição, nega a autonomia do direito”. Cf. POSNER, Richard. A. *Para além do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 19.

<sup>685</sup> POSNER, Richard. A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XVII.

<sup>686</sup> POSNER, Richard. A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 174-181.

<sup>687</sup> CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. Dover: Dover Publications, 2012, p. 97-98.

<sup>688</sup> POSNER, Richard. A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 204, 221, 444

<sup>689</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 359.

caráter institucional do Direito<sup>690</sup>. Pelo contrário, na perspectiva pragmática, as “decisões judiciais *devem ser* fundamentadas em uma comparação de custo e benefícios, realista, empiricamente informada e preferivelmente quantitativa”<sup>691</sup>. Em uma legítima democracia, todavia, preleciona Eduardo Lamy<sup>692</sup>, “o julgador não está autorizado a decidir uma causa como melhor lhe aprouver, como resultado de sua subjetividade. Há freios epistemológicos na atividade interpretativa que apontam o caminho apropriado a tomar”.

O juiz-dialógico, dessa forma, ciente de seus limites no sistema jurídico, entende que a fundamentação deve ser dotada de uma racionalidade jurídica, o que significa dizer que não interessam as razões psicológicas que levaram o juiz a decidir, interessa saber é se existem ou não “razões jurídicas” que suportam validamente, dentro da ordem jurídica, a tomada de decisão<sup>693</sup>, considerando, inclusive, que razões de moral substantiva não raramente devem ceder a razões de caráter institucional<sup>694</sup>. Logo, ciente de que não pode decidir por meio de uma análise que apenas associe meios a fins<sup>695</sup>, o juiz-dialógico sabe que os “argumentos consequencialistas” têm limites no processo decisório<sup>696</sup>, limites esses que são considerados a

---

<sup>690</sup> Dworkin critica o pragmatismo de Posner, afirmando, por exemplo, que esse vertente doutrinária não especifica quais são as melhores consequências que devem ser consideradas na decisão judicial. Em contrapartida, Dworkin esclarece que “não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais e políticas”. Cf. DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36 e 148.

<sup>691</sup> ARRUDA, Thaís Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior. São Paulo, 2011, p. 271.

<sup>692</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. “A nocividade do aspecto prospectivo e a importância dos fatos na construção do precedente”. *Revista de Processo Comparado – RPC*. São Paulo, RT, ano 3, n. 6, p. 126, jul./dez. 2017.

<sup>693</sup> Sobre a prevalência do caráter institucional do discurso jurídico, Cf. ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014, p. 311-313.

<sup>694</sup> ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, p. 562.

<sup>695</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 11.

<sup>696</sup> São arbitrarias as decisões jurídicas tomadas exclusivamente com base em uma ética consequencialista. A análise consequencialista faz parte do universo decisório, mas essa análise não pode existir com ares de exclusividade, sob pena de comprometer a integridade e a autonomia do Direito. Ademais, é certo que os juízes têm dificuldade de preverem o futuro. Assim, deve-se verificar se as consequências analisadas na decisão encontram amparo no sistema jurídico. Precisa-se ter o cuidado, todavia, para que não haja, na decisão, manipulação retórica dos textos normativos, mediante uma ponderação desenfreada de princípios, a fim alcançar consequências desejadas pessoalmente pelo julgador. Nessa perspectiva, não se tem qualquer garantia quanto ao consequencialismo, que pode ser conservador ou ativista. Juízes justiceiros, nesse sentido, por simpatia à determinada doutrina econômica e ideológica, podem invadir, patologicamente, os espaços constitucionalmente reservados aos demais poderes públicos. Para que isso não ocorra, deve-se compreender que os argumentos consequencialistas têm limites na própria ideia de Estado Democrático de Direito, que pressupõe a responsabilidade institucional do juiz. Enfim, o consequencialismo válido, que respeita o caráter institucional do Direito, é aquele que concilia os argumentos consequencialistas com a dogmática jurídica, sistemática e linguisticamente. Nesse sentido, Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de direito administrativo*, v. 248, p. 130-158, maio/ago. 2008; CRAVO, Daniela Copetti. “Argumentos consequencialistas: legitimidade ou arbitrariedade?”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 17, n. 102, p. 85-98, jul./ago. 2016.

partir do prévio debate acerca do modelo ideal de Estado Democrático de Direito que se encontra estruturado pelo sistema normativo<sup>697</sup>.

Desse modo, além de considerar o formalismo jurídico e os precedentes jurisprudenciais aplicáveis ao caso, o juiz-dialógico percebe que a indeterminação do Direito, por conta da equivocidade dos textos normativos e a vagueza das normas<sup>698</sup>, e o seu caráter axiológico não retiram a racionalidade do processo decisório<sup>699</sup>, a qual deve sempre ser buscada, repita-se, em contexto de responsabilidade política.

Em outras palavras, dizer que a decisão é juridicamente racional, para o juiz-dialógico, significa dizer que tem de ser justificada interna e externamente, além de ser coerente e universalizável<sup>700</sup>. Com isso, a decisão judicial dará lugar não só a um discurso para o caso concreto, mas também a um discurso capaz de enriquecer a ordem jurídica e torná-la mais segura e previsível, com evidente ganho para o princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o Direito<sup>701</sup>. Embora o sentido do Direito, como entende Manuel Atienza<sup>702</sup>, decorra da “aspiração da justiça” ou da “luta contra a injustiça”, o discurso jurídico, nas democracias contemporâneas, deve ocorrer em respeito à autonomia do próprio Direito e aos seus pressupostos de legitimidade democrática.

O juiz-dialógico, por isso, fundamenta suas decisões analiticamente, dialogando não somente com os textos normativos e precedentes suscitados no caso, mas também com as alegações relevantes aduzidas pelas partes<sup>703</sup>. Procura respeitar, nessa perspectiva, o art. 489, § 1º, III, do CPC, no sentido de que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial,

<sup>697</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 139.

<sup>698</sup> GUASTINI, Riccardo. *Teoria e ideologia de la interpretación constitucional*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010, p. 30-34.

<sup>699</sup> Para uma crítica sobre a indeterminabilidade do Direito e a correlação entre as escolhas jurídicas no processo decisório e a noção de verdade, Cf. IRTI, Natalino. *Diritto senza verità*. Bari: Laterza, 2011, p. 5-12.

<sup>700</sup> Resumidamente, esse modelo de juiz considera a seguinte estrutura mínima da justificação democrática em suas decisões: a) identificação dos textos e das normas jurídicas aplicáveis; b) verificação das alegações de fato; c) qualificação jurídica do suporte fático; d) avaliação das consequências jurídicas da qualificação do suporte fático; e) avaliação do contexto de nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; f) justificação dos enunciados com base em critérios que demonstrem que as escolhas do juiz foram racionalmente corretas. Observe-se, nesse contexto, que as escolhas e individualizações realizadas nos planos normativo e fático correspondem à justificação externa da decisão, ao passo que a qualificação jurídica e os nexos de interferência entre os enunciados jurídicos e fáticos correspondem à justificação interna. Nesse sentido, Cf. MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo, RT, 2015, p. 144.

<sup>701</sup> TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1974, p. 333-334.

<sup>702</sup> ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014, p. 345.

<sup>703</sup> Observe-se que uma decisão judicial pode ser formalmente justificada, mediante consideração de critérios procedimentais e normativos, mas não substancialmente, por desconSIDERAR as premissas fáticas invocadas pelas partes. A decisão como “norma individual”, nesse sentido, não se apresentará corretamente fundamentada. Em sentido similar, Cf. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, p. 107.

seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

A indagação que se impõe é a seguinte: o juiz está obrigado a apreciar todos os argumentos da parte vencida? Como premissa, deve-se ter em mente que, como o processo possui natureza dialético-argumentativa<sup>704</sup>, uma decisão justa pressupõe um debate equilibrado e cooperativo entre as partes e o juiz<sup>705</sup>, possibilitando que este contenha seus impulsos para eventuais decisionismos subjetivos e arbitrários<sup>706</sup>, sendo certo também que a fundamentação padronizada e descontextualizada, em princípio, retira a legitimidade da decisão<sup>707</sup>. Em outros termos, uma decisão democraticamente correta pressupõe correção procedimental e interpretativa<sup>708</sup>, ou seja, no particular, “não basta que a decisão jurídica esteja correta no seu *resultado*; a decisão deve, também, legitimar-se a partir da resposta aos argumentos dos interessados”<sup>709</sup>. Julgar, portanto, é tomar posição em sentido dialógico e cooperativo<sup>710</sup>.

Observe-se que, por força dessa “dimensão dialética da decisão judicial”<sup>711</sup>, há um simbolismo democrático no enfrentamento das alegações relevantes das partes, ou seja, é simbólico o Estado demonstrar que as alegações dos cidadãos é algo relevante para ele, o que inclui a atividade jurisdicional. Como é o cidadão jurisdicionado que sofrerá as consequências da decisão, inclusive eventual indiscutibilidade decorrente da coisa julgada, deve ficar evidenciado que os seus argumentos foram considerados no momento da decisão<sup>712</sup>. A

<sup>704</sup> BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 57-61.

<sup>705</sup> CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010, p. 385.

<sup>706</sup> Conforme se esclarecerá melhor no capítulo 6 desta pesquisa, a norma fundamental que estabelece o dever de cooperação entre o juiz e as partes (art. 6º do CPC/2015) e vice-versa visa a organizar a participação equilibrada entre esses sujeitos do processo. Nessa perspectiva, decisões sem a oitiva das partes, em princípio, ferem a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois não patrocinam um efetivo diálogo do juiz com os argumentos essenciais levantados pelas partes. Nesse sentido, Cf. MITIDIERO, Daniel. “A colaboração como modelo e como princípio no processo civil”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

<sup>707</sup> SCHMITZ, Leonard Zieseemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 31.

<sup>708</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 258.

<sup>709</sup> MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. “O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?”. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. Lenio Luiz Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 101.

<sup>710</sup> RICOEUR, Paul. “O ato de julgar”. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 176.

<sup>711</sup> TARUFFO, Michele. “Sobre a complexidade da decisão judicial”. Tradução de Sandra Vial. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 102-104.

<sup>712</sup> Observe-se que a necessidade de analisar todos os argumentos da vencida se conforma perfeitamente ao princípio da cooperação, consagrado pelo CPC. Essa fundamentação, além de ser pautada em valores

decisão pode ser até concisa, mas, para não ser arbitrária, deve enfrentar todos os argumentos relevantes da causa<sup>713</sup>, ou seja, devem ser apreciadas apenas as proposições que sejam capazes de conduzir a decisão judicial favorável à parte. Nesse sentido, diante dessa estrutura dialógica do processo<sup>714</sup>, a fundamentação democrática impede o arbítrio e concretiza o contraditório<sup>715</sup>, segundo o qual as partes devem ter o direito de influenciar a decisão<sup>716</sup>.

Outro aspecto relevante da fundamentação democrática diz respeito à técnica da ponderação e ao postulado da proporcionalidade. No particular, o § 2º do art. 489 do CPC preconiza que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Há forte corrente doutrinária que se revela absolutamente contrária a esse dispositivo, fundamentando a irresignação, genericamente, na possibilidade de decisionismos subjetivistas antidemocráticos, pois o texto normativo não delimita critérios de controle racional da decisão judicial, inclusive quanto às diferenças entre regras e princípios<sup>717</sup>. Argumenta-se, desse modo, que o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, de modo que a ponderação acaba sendo a porta aberta à discricionariedade antidemocrática, pois, apesar de possíveis boas intenções por parte do intérprete, possibilita uma decisão meramente subjetivo-ideológica<sup>718</sup>, com a subversão do texto normativo, tendo em vista os seus limites semânticos. Com efeito, por ser uma técnica geradora de incerteza jurídica e estranha aos juízos de legalidade<sup>719</sup>, tem-se defendido que a “ponderação é escolha, é decidir e depois buscar a fundamentação. É um álibi a permitir a discricionariedade e o enfraquecimento do Direito”<sup>720</sup>. Defende-se, nesse sentido, a inconstitucionalidade da

---

democráticos, está em consonância com a disciplina dos limites objetivos da coisa julgada material, pois a resolução expressa da questão prejudicial transitará em julgado, desde que preenchidos alguns requisitos. Se fosse dado ao juiz o poder de escolher o que aprecia, também seria dado ao juiz o poder de escolher o que transita em julgado, algo que, aparentemente, revela-se inadmissível.

<sup>713</sup> TARUFFO, Michele. “Addio alla motivazione?”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 1, p. 375-388, mar. 2014.

<sup>714</sup> AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 187.

<sup>715</sup> MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo, RT, 2015, p. 155.

<sup>716</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2015, p. 144-145.

<sup>717</sup> A respeito dessa distinção, por todos, Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

<sup>718</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o senso incomum?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 41.

<sup>719</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. – 8. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 117 e 120.

<sup>720</sup> ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. “Riscos da ponderação à brasileira”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 269, p. 125-126, jul. 2017.

ponderação, especialmente entre regras<sup>721</sup>, por afronta à separação de poderes, à segurança jurídica e à legalidade<sup>722</sup>.

É preciso perceber, todavia, que a ponderação pode ser racional<sup>723</sup>. Conforme ressalta Virgílio Afonso da Silva<sup>724</sup>, “do diagnóstico pessimista sobre a prática forense brasileira não se infere a invalidade de uma teoria”. Na ponderação, deve haver “pretensão de correção”<sup>725</sup>, e, como método de resolver incompatibilidade entre normas *prima facie*<sup>726</sup>, certamente é descabida a ideia de sua simplificação, a partir de mero confronto entre princípios abstratos<sup>727</sup>. Ora, a ponderação, como parte da máxima da proporcionalidade<sup>728</sup>, deve ser utilizada com o sincero intuito de obter a máxima concordância prática dos direitos em conflito<sup>729</sup>. Como ponderar também é argumentar, e argumentação é uma atividade guiada por regras<sup>730</sup>, inclusive de razoabilidade<sup>731</sup>, o resultado do processo interpretativo deve ser um produto de racionalidade decisória<sup>732</sup>, não cabendo ao intérprete, portanto, decidir com base nas suas próprias valorações e intuições morais<sup>733</sup>.

<sup>721</sup> É relativamente comum a tentativa de flexibilizar as impenhorabilidade do salário e do bem de família fora das exceções previstas em lei.

<sup>722</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Comentários ao art. 489”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 689-690.

<sup>723</sup> PULIDO, Carlos Bernal. “A racionalidade da ponderação”. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 329-347.

<sup>724</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização”. *Direito UnB*, Brasília – DF, vol. 02, n. 01, p. 112-113, jan./abr. 2016.

<sup>725</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 16.

<sup>726</sup> PULIDO, Carlos Bernal. “A ponderação como procedimento para interpretar os direitos fundamentais”. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 95.

<sup>727</sup> Sobre o “modelo fundamentado de sopesamento”, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 164-179.

<sup>728</sup> ALEXY, Robert. “Princípios formais”. Traduzido por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Organizadores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 6.

<sup>729</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 380.

<sup>730</sup> No caso de colisão entre princípios, explica Robert Alexy, “a lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro”. ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade”. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111.

<sup>731</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 227, 234 e 339.

<sup>732</sup> ALEXY, Robert. “Sistema jurídico e razão prática” *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 173-175.

<sup>733</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 298.

O problema, como se percebe, não está na ponderação em si, mas na forma como é utilizada para resolver os casos de colisão de princípios<sup>734</sup>, que sabidamente possuem uma dimensão de peso ou importância<sup>735</sup>. Por outro lado, diante da existência de regulação específica, precisa-se realizar o exame de constitucionalidade no caso concreto, para afastar, mediante interpretação sistemática e à luz do postulado da proporcionalidade, eventual lei que, se aplicada friamente, conduziria a resultados absolutamente insatisfatórios. É o que se verifica, por exemplo, com as leis que vedam a concessão de liminares contra a Fazenda Pública.

Nesse sentido, como critério de racionalidade decisória, o postulado da proporcionalidade deve ser levado a sério<sup>736</sup>, inclusive para considerar os seus elementos constitutivos<sup>737</sup>. Assim, enquanto a “necessidade”<sup>738</sup> e a “adequação”<sup>739</sup> da medida judicial cuidam das possibilidades fáticas, a “proporcionalidade em sentido restrito” refere-se às possibilidades jurídicas<sup>740</sup>. “Valor”<sup>741</sup>, “princípio autônomo”<sup>742</sup> ou “postulado normativo

---

<sup>734</sup> A fórmula da ponderação, certamente, não é perfeita, mas tem utilidade, por exemplo, nos casos em que não há regra específica para solucionar eventual conflito entre princípios constitucionais. Nessa perspectiva, como método de exceção, deve ser utilizada para afastar a arbitrariedade e o ativismo subjetivista de princípios nos chamados “casos difíceis”. Desse modo, a ponderação, como critério argumentativo formal, tem como ponto de partida a colisão entre princípios, que, não raramente, reverte-se em um problema moral de difícil solução. A ponderação, enfim, é válida com textos normativos constitucionais principiológicos de direitos fundamentais e também voltados à realização de políticas públicas estatais, mas nunca com regras ou garantias constitucionais. Cf. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Critérios de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96, 98, 110, 111 e 117.

<sup>735</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42.

<sup>736</sup> Seja como decorrência do Estado Democrático de Direito (concepção alemã), seja como decorrência do devido processo legal (concepção norte-americana), ou ainda como derivação do princípio da isonomia, é certo que a proporcionalidade é uma técnica fundamental de solução das inevitáveis colisões entre direitos fundamentais. Nesse sentido, Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 679-685.

<sup>737</sup> São elementos da proporcionalidade: a) “necessidade” ou “exigibilidade” da medida adotada; b) “conformidade” ou “adequação” dos meios empregados; e c) “proporcionalidade em sentido estrito”. Esses dois primeiros elementos (necessidade e adequação da medida) correspondem aos pressupostos fáticos do princípio, enquanto o último (proporcionalidade em sentido estrito) equivale à ponderação jurídica destes. Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 685.

<sup>738</sup> A necessidade (ou exigibilidade) equivale à melhor escolha, dentre os meios adequados, para atingir a finalidade. Nas palavras de Humberto Ávila, “um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados”. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185.

<sup>739</sup> A adequação (ou a conformidade) dos meios a serem utilizados diz respeito à correlação entre meio e fim, da razoabilidade do meio selecionado ao objetivo. Pela idoneidade ou adequação, em outros termos, exige-se que toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo. Nesse sentido, Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 507-508. Conforme esclarece Humberto Ávila, “um meio é adequado quando promove minimamente um fim”. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185.

<sup>740</sup> Observe-se que, enquanto se busca, na necessidade do meio empregado para realizar a finalidade jurídica a ser concretizada no caso, otimizar as possibilidades “fáticas”, procura-se, na proporcionalidade em sentido estrito, otimizar as possibilidades “jurídicas”, com balanceamento ou ponderação entre os valores previstos na

aplicativo”<sup>743</sup>, é certo que, independentemente de se adotar alguma dessas concepções, a proporcionalidade, além de restringir a discricionariedade administrativa<sup>744</sup>, vincula a produção legislativa e a solução judicial de litígios à observância dos direitos fundamentais, e, nessa perspectiva, trata-se de instrumento de interpretação jurídica e conteúdo da norma fundamental do Direito, já que “serve para analisar a relação entre interesses e bens que estejam em confronto”<sup>745</sup>. Mas, de todo modo, para que a decisão não seja arbitrária, impõe-se ao juiz o dever de explicitar, no caso concreto, motivadamente, o preenchimento dos mencionados três elementos constitutivos da proporcionalidade, sem prejuízo de realizar eventual controle difuso de constitucionalidade, na hipótese de haver texto normativo que, em princípio, deveria ser aplicável<sup>746</sup>.

Sendo assim, o juiz deve perceber que, quanto maior o grau de intensidade de intervenção em um princípio, maior deve ser o grau de importância do outro princípio, e a consequente e necessária argumentação decisória deve indicar as repercussões que a omissão ou a não efetivação da medida interveniente em um princípio iria ter sobre a realização ou cumprimento do outro princípio<sup>747</sup>. A “ponderação democrática”, dessa forma, não é simplesmente a decisão de estabelecimento de uma “regra de preferência”, é uma fundamentação por razões para a justificação das intensidades dos graus de intervenção e de

---

ordem jurídica quanto às desvantagens do meio em relação às vantagens do fim perseguido. Nesse sentido, Cf. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 686-687. O resultado, todavia, não pode ferir o conteúdo essencial de um direito fundamental, ou viabilizar um intolerável desrespeito à dignidade humana. Nesse sentido, Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p. 70-71. No particular, Humberto Ávila é enfático: “O meio será desproporcional se a importância do fim não justificar a intensidade da restrição dos direitos fundamentais”. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185.

<sup>741</sup> Para Gisele Santos Fernandes Góes, “a proporcionalidade é um valor, em virtude de que se caracteriza como metanorma, estando acima das normas jurídicas”. Cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71.

<sup>742</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003, p. 70.

<sup>743</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 135-139.

<sup>744</sup> PULIDO, Carlos Bernal. “Racionalidade, proporcionalidade e razoabilidade no controle de constitucionalidade das leis”. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 79.

<sup>745</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

<sup>746</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

<sup>747</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 617.

importância. É inevitável, nesse contexto de legitimação decisória, que as razões de ponderação devam estar livres de contradição, com clareza e precisão no uso da linguagem, enfrentando as questões da universalidade e das consequências decisórias, além de sempre respeitarem as regras da sinceridade e da boa-fé. Ademais, os elementos institucionais do Direito (legislação, precedentes etc.) devem ser considerados sistematicamente, para que não se chegue à decisão contrária à unidade da Constituição, mediante argumentos contraditórios<sup>748</sup>. São exageradas, dessa forma, as críticas contra a excepcional técnica da ponderação, que, como visto, pressupõe decisão racionalmente fundamentada<sup>749</sup>.

Como se percebe, as decisões judiciais não nascem apenas do comando normativo estabelecido previamente pelo legislador. O elemento textual é extremamente relevante, pois decorre da democracia representativa, mas, como visto, não é o único elemento a ser considerado na decisão. Viu-se, igualmente, que o Direito, em um indissociável elo com a ética e a política, permite a construção de comandos a partir da interpretação de conceitos vagos e de narrativas fáticas em comparação com os valores decorrentes do texto constitucional e dos tratados de direitos humanos, motivo pelo qual, por força do princípio republicano, revela-se necessário o estabelecimento de parâmetros decisórios, para que não se

---

<sup>748</sup> ALEXY, Robert. “Ponderação, jurisdição constitucional e representação”. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 155-165.

<sup>749</sup> No particular, observe-se que o PL n° 349/2015, do Senado da República, pretende inserir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n° 4.657/1942), dentre outros, os seguintes dispositivos: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. Parágrafo único. Se o regime de transição, quando aplicável nos termos do *caput*, não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso.” Esses parâmetros, certamente, já podem ser considerados nas demandas envolvendo prestações por bens de saúde pública fora do planejamento governamental.

potencializem situações de arbítrio judicial. Como, no Estado de Direito, os juízes “prestam contas” não apenas pelo procedimento adotado, mas também em relação aos argumentos lançados na decisão<sup>750</sup>, o juiz-dialógico, modelo de juiz defendido nesta tese, preocupa-se demasiadamente com a definição de critérios democráticos que orientem acerca do que seja uma decisão juridicamente racional. Discursos de autoridade, assim, são afastados de sua prática, pois não estão relacionados, necessária ou exclusivamente, à autoridade da lei<sup>751</sup>.

Nessa perspectiva, sem desprezar a importância da hermenêutica na solução adequada do caso concreto, e a partir dos pressupostos genéricos estudados neste capítulo, pretende-se propor soluções concretas e viáveis para as demandas envolvendo pedidos de prestações de saúde pública, evitando-se, com efeito, a crítica da doutrina no sentido de que os estudos sobre a judicialização de direitos sociais apresentam, ao final, conclusões com “fórmulas vazias e frases de efeito”<sup>752</sup>. É esse padrão decisório que será estudado no capítulo seguinte, considerando critérios não de coerência e consistência em relação ao sistema jurídico em vigor, mas também aspectos consequencialistas e universalizáveis, a fim de, concomitantemente, respeitar a separação constitucional de competências, garantindo a governabilidade democrática, e tutelar judicialmente o direito social a prestações de saúde pública.

---

<sup>750</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 199.

<sup>751</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 73-74 e 75.

<sup>752</sup> ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207.

### **CAPÍTULO 3: PARÂMETROS NORMATIVOS PARA UMA DECISÃO ADEQUADA À TUTELA DO DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA**

Pretende-se, neste tópico, estudar os parâmetros decisórios acerca da judicialização de bens e serviços de saúde pública. Nesse sentido, em primeiro lugar, será analisada a questão dos custos dessas prestações, especialmente em um cenário de escassez de recursos destinados às políticas públicas de saúde, se comparado com as necessidades da população brasileira de baixa renda. Em seguida, procurar-se-á definir um critério decisório razoável, aqui entendido como aquele em que, de um lado, a autonomia jurídica do direito à saúde seja respeitada, com a fixação de parâmetro objetivo de tutela judicial, e, de outro, sejam consideradas as críticas institucionais contra o fenômeno da judicialização.

Será essencial, nesse contexto, a análise da teoria da reserva do possível, da questão relativa à rigidez ou à flexibilidade do controle orçamentário e da incidência da força normativa da intangibilidade da dignidade humana, temas que refletem na temática diretamente. Pretende-se demonstrar que a rigidez orçamentária não é mais compatível com as exigências das lides de direito material que têm surgido na atual sociedade pós-moderna. Ademais, pretende-se estabelecer, como premissa, que se deve adotar uma concepção mais restritiva do respeito à dignidade humana, para definir um parâmetro decisório que permita um maior controle objetivo pelas partes envolvidas no processo. Planeja-se demonstrar, por outro enfoque, que o conceito mais amplo da função normativa da dignidade humana, embora correto na perspectiva maior da tutela dos direitos humanos, especialmente do direito ao desenvolvimento, não é adequado para a resolução de litígios individuais envolvendo prestações de saúde pública.

Em seguida, como segunda finalidade maior deste capítulo, serão considerados outros parâmetros decisórios que convirjam, igualmente, para a criação de um paradigma constitucional que respeite os princípios democrático, republicano e da separação de poderes. Em outros termos, objetiva-se, neste capítulo, estabelecer um modelo doutrinário que norteie racionalmente as decisões judiciais acerca do tema, seja nas situações individuais de urgência, seja quando for o caso de decisões coletivas estruturantes.

#### **3.1 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A ESCASSEZ DE RECURSOS, O CUSTO DOS DIREITOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Tendo em vista o compromisso axiológico assumido em relação à Constituição, deve-se observar, na escorreita lição de José Renato Nalini<sup>753</sup>, que “o juiz brasileiro não é apenas o guardião das promessas do constituinte. Ele foi incumbido de ser o concretizador dessas promessas, que não constituem proclamação retórica, mas precisam ser realidades fruíveis, invocáveis e realizáveis”. A questão ganha contornos de dramaticidade, entretanto, quando o juiz depara-se, nessa missão, com a temática da escassez de recursos.

A doutrina tem reduzido o grau de eficácia judicial do direito a prestações de saúde pública, salvo quando regulamentado em lei, argumentando que, se as necessidades sociais envolvendo a saúde são infinitas, os recursos são escassos, de modo que os casos de judicialização de políticas públicas relacionados à temática devem ser previamente resolvidos pela execução orçamentária. Caso se leve essa forma de raciocínio a elevado grau de abstração, é possível que, na prática, algumas situações sejam caracterizadas, na visão do Poder Judiciário, como “decisões trágicas”<sup>754</sup>, que, por negarem a prestação reivindicada, aparentemente, de um lado, ampliam os espaços de insensibilidade, e, de outro, não se encaixam no modelo de jurisdição do constitucionalismo contemporâneo. Nesse contexto, defende-se, inclusive, que a normatividade decorrente do vínculo entre a fraternidade e a proteção da intangibilidade da dignidade humana pode contribuir para a construção de um caminho que leve a um paradigma de resposta apropriado, permitindo, a um só tempo, a governabilidade democrática e a tutela adequada do direito à saúde<sup>755</sup>.

Como se sabe, a promoção dos direitos sociais demanda normalmente a realização de prestações positivas e materiais por parte dos Estados. Parte-se da premissa, nesta tese, de que o direito fundamental à saúde possui dimensão normativa e, por essa razão, vincula o Estado e os particulares. É interessante observar, todavia, que, paradoxalmente, nos países de primeiro mundo, os quais apresentam maior disponibilidade de recursos, os direitos sociais são mais efetivos, ao passo que, nos países pobres e periféricos, em que a sociedade reclama uma firme

---

<sup>753</sup> NALINI, José Renato. “Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 98, v. 889, p. 31, nov. 2009.

<sup>754</sup> Reynaldo Mapelli Júnior, por exemplo, afirma que “racionar os cuidados de saúde envolve ‘escolhas trágicas’ porque isso implica na distribuição de escassos bens, em decisões que impactam diretamente a vida e a saúde do homem”. Cf. MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 17.

<sup>755</sup> O estabelecimento de parâmetros racionais revela-se como algo absolutamente necessário, pois o irrazoável aumento da judicialização pode acarretar o colapso do sistema de prestações de serviços públicos de saúde no Brasil. Nesse sentido, Cf. CAÚLA, César. “Judicialização da saúde. O que deve mudar em face da lei nº 12.401/2011”. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Luísa Cristina Pinto e Netto e Eurico Bitencourt Neto coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 127.

atuação do Estado em prol daqueles direitos, é mais tormentoso o problema dos custos, conduzindo a uma cultura de resistência quanto à sua concretização<sup>756</sup>.

As necessidades sociais, sobretudo em países de modernidade tardia como é o caso do Brasil, são ilimitadas, mas os recursos são escassos, normalmente por “má gestão” (do dinheiro público), “corrupção” (no poder público) e “verba insuficiente” (nos cofres públicos)<sup>757</sup>. Não é, por certo, uma característica exclusiva dos direitos sociais à prestação, mas eles se destacam quanto à exigência de recursos para a sua satisfação. Tem razão Virgílio Afonso da Silva<sup>758</sup>, quando afirma que, “embora correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa *mais dinheiro*”.

Mas, é preciso perceber que as políticas públicas devem ser “realistas”. Os direitos sociais, como dependentes do Produto Interno Bruto, são direitos de “satisfação progressiva”, motivo pelo qual, ao invés de adiar sua efetividade, incumbe ao poder público, como obrigação de governo, consignar, na peça orçamentária, as dotações necessárias e, após, controlar o programa orçamentário. Nesse contexto, é fundamental o papel da sociedade — consciente dessa singularidade da satisfação progressiva desses direitos — quanto à elaboração e à execução orçamentária. O poder público, assim, não pode se omitir, porque a sua atuação deve ser diligente quanto à existência de ações continuadas, para que os direitos sociais sejam concretizados em um horizonte de tempo factível<sup>759</sup>.

Nesse universo de escassez, o Estado vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Segundo a doutrina<sup>760</sup>, são vários os dilemas enfrentados. Melhorar a merenda escolar, ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para as comunidades carentes, ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário-mínimo, ou expandir o programa de habitação popular? Não existem recursos suficientes, certamente, para atender a todas essas importantes demandas sociais.

<sup>756</sup> MAIOLINO, Eurico Zecchin. “Desafios à efetividade dos direitos fundamentais”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 99, v. 893, p. 52-53, mar. 2010.

<sup>757</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Laís Durval. “Controle concentrado de constitucionalidade da Lei Orçamentária e a tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 128, ago. 2011.

<sup>758</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 593.

<sup>759</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, v. 54, p. 36-37, jan./mar. 2006.

<sup>760</sup> Dentre outros, Cf. SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 392.

É inegável que decisões judiciais favoráveis à concretização de direitos sociais, a exemplo das prestações de saúde pública, muitas vezes acarretam alocação de recursos, mas até que ponto esse argumento pode servir à impossibilidade fática de efetivação desses direitos? “Estabelecer uma relação de continuidade entre a escassez de recursos públicos e a afirmação de direitos acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos”<sup>761</sup>. Como bem percebeu Luigi Ferrajoli<sup>762</sup>, “se é verdade que os direitos sociais custam, o custo da falta de sua satisfação é muito maior”, exigindo por parte do Estado, para não condenar parcela da população à indigência, uma política de longo prazo de acesso aos bens primários (instrução, saúde, subsistência etc.) e de desenvolvimento econômico.

Deve-se perceber, por outro lado, que, para não caírem no vazio ou apresentarem fragilidade comprometedora da sua própria autoridade, as decisões judiciais devem ser factíveis e razoáveis, de modo que a escassez de recursos é uma questão que também deve ser apreciada com a devida seriedade.

O certo é que afirmar que os direitos possuem custos dentro de um cenário de escassez de recursos é algo bem diferente do que defender que eles, os custos, não devam ser levados a sério, afinal, cumprir a Constituição não constitui uma faculdade conferida ao Estado, agora, por outro lado, diz respeito ao fato de que a análise jurídica não pode ignorar as consequências econômicas e distributivas da aquisição de direitos<sup>763</sup>. Se “levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério”, como advertem Stephen Holmes e Cass Sunstein<sup>764</sup>, é inegável que a solução para o problema passa pela busca do equilíbrio entre a força normativa da Constituição e as limitações materiais concretamente existentes.

Tem-se invocado, assim, a teoria da reserva do possível, para solucionar a problemática da escassez de recursos no Brasil, vinculando-a, inadvertidamente, à necessidade de se adequarem as pretensões sociais às reservas orçamentárias ou à disponibilidade de recursos, para a efetivação das respectivas despesas. Originariamente, essa teoria desenvolveu-se na Alemanha com o escopo de solucionar o problema do número de vagas em universidades, tendo em vista a redação do art. 12, § 1º, da Constituição, que dispõe que “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e

---

<sup>761</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 183.

<sup>762</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 76.

<sup>763</sup> WANG, Daniel Wei Liang. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 541, jul./dez. 2008.

<sup>764</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*. Why Liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94.

o lugar de formação”. Discutia-se sobre “a possibilidade de o poder judiciário criar vagas na faculdade de medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados”<sup>765</sup>. Em decisão proferida em 18 de julho de 1972, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, considerando os princípios da igualdade e do Estado Social, “decidiu que algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível”<sup>766</sup>.

Explica melhor Ricardo Lobo Torres<sup>767</sup>:

A reserva do possível não é um princípio jurídico, nem um limite dos limites, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, que na Alemanha não se consideram direitos fundamentais. Equivale a “reserva democrática”, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador. Não se confunde com a expressão “reserva de orçamento”, à qual pode se incorporar se a pretensão ao direito social vier a ser concedida pelo Legislativo.

Originariamente, portanto, a concepção alemã da reserva do possível estava vinculada ao “princípio da razoabilidade democrática”, passando a abranger, posteriormente, outras dimensões, inclusive de ordem econômico-orçamentária. Atualmente, no Brasil, defende-se que a reserva do possível abrange as dimensões “fática”, “jurídica” e “negativa”.

A “dimensão fática” está relacionada à absoluta falta de recursos. Observe-se que o termo “recursos” aqui tem sentido relativamente amplo, pois se refere, normalmente, a recursos “financeiros”, mas também “humanos”. É certo que, se, de um lado, a reserva do possível enfatiza o dever constitucional de pagar tributos, bem como a análise das prioridades constitucionais quanto ao gasto dos mesmos e o cuidado com a desvinculação das receitas<sup>768</sup>, de outro, às vezes, não obstante presentes os recursos financeiros, o problema está relacionado à absoluta falta de recursos humanos para a realização de um direito social, como a ausência de médicos e professores, respectivamente, quanto aos direitos à saúde e à educação<sup>769</sup>. Neste

<sup>765</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial como conteúdo dos direitos fundamentais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 324.

<sup>766</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 69-70.

<sup>767</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial como conteúdo dos direitos fundamentais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 324-325.

<sup>768</sup> CALIENDO, Paulo. “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 184-186.

<sup>769</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 79.

caso, desde que devidamente comprovada pela Administração, praticamente não há o que se questionar: há impossibilidade de cumprimento da demanda social<sup>770</sup>.

A “dimensão jurídica” da reserva do possível vincula-se à objeção da “indisponibilidade” de recursos. Isso significa que os recursos existem, mas, por alguma razão jurídica, não estão disponíveis, a exemplo de vinculação orçamentária, e, por isso, não podem ser utilizados<sup>771</sup>. Já por intermédio da “dimensão negativa” da reserva do possível, procuram-se proteger direitos fundamentais já realizados. Leva em consideração a razoabilidade da medida, considerando o impacto coletivo, tendo em conta a concretização de outros direitos que também demandam eficácia. Em outras palavras, segundo a doutrina<sup>772</sup>, pela dimensão negativa da reserva do possível, pode haver uma restrição de um direito social, para proteger outras prestações contra o esvaziamento, a exemplo do que ocorre com o deferimento judicial de tratamentos de saúde no exterior, já que não disponíveis no Brasil, mas que, pelo alto custo, comprometem a satisfação de prestações universais na área de saúde pública.

A reserva do possível não pode ser vista como uma “excludente de ilicitude estatal”<sup>773</sup>, mas sim como uma condição de realidade fático-jurídica que influencia na aplicação dos direitos fundamentais, inclusive quanto à razoabilidade do direito pleiteado judicialmente<sup>774</sup>.

Por outro lado, a reserva do possível também não deve ser vista como parte integrante ou núcleo essencial dos direitos fundamentais. Como ensina Ingo Wolfgang Sarlet<sup>775</sup>:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde

<sup>770</sup> CALIENDO, Paulo. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 94.

<sup>771</sup> KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 83.

<sup>772</sup> *Idem*, p. 87-89.

<sup>773</sup> Nesse sentido, entende Wálber Araújo Carneiro, para quem a inexistência de recursos deve ser vista como uma excludente de ilicitude estatal face à “impossibilidade de conduta diversa”, ou seja, “a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado”. Cf. CARNEIRO, Walber Araújo. “Escassez, eficácia e direitos sociais”. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 11, p. 383, jan./dez. 2004.

<sup>774</sup> Segundo Ana Carolina Lopes Olsen, “na medida em que a aplicação dos direitos fundamentais sociais a prestações está condicionada pela realidade, é certo que o intérprete não poderá demandar dos poderes públicos o que for logicamente impossível, ou seja, não se pode exigir o absurdo. Por exemplo: embora a Constituição preveja como direito fundamental de todo cidadão o direito à saúde, não poderá o titular deste direito pleitear em juízo, o fornecimento do remédio capaz de promover a cura para a AIDS. Trata-se de prestação totalmente inviável”. Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 204.

<sup>775</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 238.

que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Por essa razão, o instituto deve ser respeitado, mas, em contrapartida, reclama análise e aplicação cuidadosas, pois a realidade brasileira é diversa da Alemanha, que detém elevados índices de bem-estar social. A diferença não se refere apenas às formas de lutas, conquistas e satisfação dos direitos, mas também dos próprios paradigmas jurídicos a que estas ordens jurídicas se sujeitam<sup>776</sup>.

Para que a eficácia dos direitos sociais não seja reduzida a patamares ínfimos aqui no Brasil, atribuindo-lhes a pecha de direitos de “segunda categoria”, não se pode importar a teoria da reserva do possível sem a devida sensibilidade quanto à realidade local. Trata-se de um país que apresenta um dos piores índices de distribuição de renda do mundo, inclusive sem nunca ter implantado o Estado Social<sup>777</sup>. É lógico que essa teoria deve ser compatibilizada com as especificidades brasileiras, não podendo ser invocada pelo governo e aplicada pelo Poder Judiciário abstrata e indiscriminadamente.

Esse fato, todavia, não apaga a constatação de que a reserva do possível é um fator de restrição aos direitos sociais, e todas as formas de restrições aos direitos fundamentais decorrem do exercício de todas as funções típicas estatais, inclusive em situações de emergência constitucional<sup>778</sup>.

No caso da atuação judicial, que é o problema enfrentado neste trabalho, o desafio é criar um modelo doutrinário que estabeleça, a um só tempo, de um lado, parâmetros objetivos de autonomia do direito a prestações de saúde pública, diante do qual a tutela jurisdicional não pode ser denegada, permitindo, inclusive, o controle perante as instâncias judiciais superiores, e, de outro, condições de governabilidade, com o respeito às competências institucionais fixadas pela cláusula constitucional da separação de poderes. Pretende-se, com essa “fórmula”, evitar o disseminado critério do “juízo de ponderação entre os valores constitucionais protegidos no caso concreto”, o qual não possui segura racionalidade democrática.

---

<sup>776</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 735-736.

<sup>777</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 54.

<sup>778</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. “A teoria das restrições dos direitos fundamentais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 17, n. 69, p. 88-89, out./dez. 2009.

### 3.2 FLEXIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA E EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme elucida Antonio Carlos Wolkmer<sup>779</sup>,

[...] a teoria e a prática do Direito moderno vêm continuamente sofrendo nas últimas décadas o impacto da aglutinação de problemas essenciais e complexos, como as transformações nas condições de vida, a explosão demográfica, a globalização da economia e a degradação ambiental. Em consequência, o clássico modelo jurídico-liberal-individualista tem sido pouco eficaz para recepcionar e instrumentalizar as novas demandas sociais, portadoras de “novos” direitos referentes a dimensões individuais, coletivas, metaindividuais, bioéticas e virtuais. Tal situação estimula e determina o esforço de propor novos instrumentos jurídicos mais flexíveis, mais ágeis, mais democráticos e mais abrangentes, capazes de regular situações complexas e fenômenos novos.

É com esse espírito que se revela oportuna uma reflexão a respeito da rigidez orçamentária liberal e sua incompatibilidade com a sociedade plural e complexa em que se vive atualmente. É inegável que se deve preocupar com a assertiva de que um Estado falido é incapaz de assegurar direitos<sup>780</sup>, mas isso não significa que toda a tutela jurisdicional contra aquele se vincule à rígida observância da previsibilidade orçamentária. Essa, indubitavelmente, deve ser a regra, mas, em determinadas circunstâncias, que devem ser delimitadas objetivamente pela doutrina, revela-se imperativamente possível criar-se uma exceção.

É que direitos impregnados de essencialidade, como os direitos à vida e à saúde, não podem ficar à mercê do rigor formal da peça orçamentária, notadamente quando se percebe dispêndio de recursos em setores de menor prioridade. Impõe-se observar que “uma teoria que se reclame crítica e transformadora deve reconhecer o caráter ideológico do isolamento do Direito e da norma positiva como objeto da ciência jurídica”<sup>781</sup>. Os textos normativos também refletem a positivação de valores essenciais da sociedade, os quais estão presentes na legislação orçamentária<sup>782</sup>. Assim, ao contrário do Estado Liberal de Direito, cujo paradigma

<sup>779</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos”. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite organizadores. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

<sup>780</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 130.

<sup>781</sup> MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: LTr, 2003, p. 21.

<sup>782</sup> Explica Heleno Taveira Torres: “O Legislativo é o órgão onde viceja a democracia e eclodem os valores sociais que virão incorporados à lei. Em seguida, o Executivo e o Judiciário praticam seus atos de aplicação em face da realidade e sob os valores do direito positivado. A moral e os valores são, assim, juridicamente assimilados como conteúdo das leis ou dos princípios jurídicos e transitam, desse modo, no itinerário de positivação do direito, no processo de decisão, de norma a norma, sem qualquer necessidade de recurso a alguma

(clássico) era o da estabilidade orçamentária, próprio do não intervencionismo, o orçamento deve ser concebido, no contemporâneo Estado Social e Democrático de Direito, como um “programa” voltado para a realização dos fins estatais previstos na Constituição<sup>783</sup>.

O orçamento, dessa forma, não deve ser inflexível ou elemento de estagnação na concessão de direitos fundamentais, antes, e pelo contrário, deve possibilitar a concretização das promessas constitucionais na área social. Segundo adequadamente observa Robert Alexy<sup>784</sup>, “a força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior que razões político-financeiras”. Desse modo, conforme reconhece o STF, revela-se perfeitamente possível o controle (concentrado ou difuso) de constitucionalidade da lei orçamentária, quando esta prevê a destinação de recursos para áreas menos emergenciais, a despeito da verificação da inexistência ou precariedade na prestação de serviços públicos relativos à saúde e à educação, em explícita violação ao princípio constitucional da eficiência<sup>785</sup>.

A ideologia constitucional, atualmente, reclama ativa conduta judiciária na satisfação dos direitos fundamentais, o que é incompatível com a estabilidade orçamentária e a inação estatal frente à escassez de recursos, base da teoria da reserva do possível, de índole liberal. Mesmo na insuficiência de recursos, a efetividade dos direitos sociais, em princípio, condiciona o cumprimento orçamentário, pois, em muitos casos, verifica-se a prioridade na distribuição desses direitos, para não violar um valor superior da ordem jurídica, especialmente a vida.

Sendo assim, embora, de ordinário, seja da alçada das funções legislativa e executiva a deliberação a respeito do destino dos recursos orçamentários, é certo que essa competência não é absoluta, pois, para não haver quebra da unidade da Constituição, a escolha das prioridades deve observar os direitos fundamentais, inclusive os sociais. Afinal, como adverte

---

duplicidade de sistema (jurídico e moral)”. Cf. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011, p. 275.

<sup>783</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle de políticas públicas”. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 230.

<sup>784</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512-513.

<sup>785</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Laís Durval. “Controle concentrado de constitucionalidade da Lei Orçamentária e a tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 142-143, ago. 2011.

Gerardo Pisarello<sup>786</sup>, o impacto orçamentário de decisões judiciais responsáveis é uma consequência inevitável das condições que caracterizam uma democracia constitucional.

Dessa forma, ao invés de uma mera discricionariedade política, a questão, antes, passa a ser de observância dos direitos fundamentais<sup>787</sup>. Em outras palavras, o controle judicial do orçamento público não se destina a usurpar competências do Poder Executivo, apenas visa a fiscalizar a inexistência de omissões inconstitucionais, que comprometem, na prática, a eficácia dos direitos sociais, especialmente quanto à concretização do mínimo existencial<sup>788</sup>. Nas palavras de Marcelo Figueiredo<sup>789</sup>, sem que fale em invasão no espaço de atuação política do administrador, o Poder Judiciário pode e deve corrigir, além de inconstitucionalidades e ilegalidades, “abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais ou desarrazoadas, como também corrigir ou promover ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes metas constitucionais”.

Assim, repita-se, ainda que os recursos eventualmente sejam escassos, pode-se aferir, concretamente, pela via judicial, a insuficiência (inconstitucional) quanto ao destino deles em relação a um bem social. Faltando respiradores nas unidades neonatais de terapia intensiva, causando a morte de vários bebês, inclusive com reflexos psicológicos nos profissionais envolvidos, mas impotentes diante da situação, seria possível o remanejamento de verbas da propaganda institucional? E se as escolas do município não apresentam condições adequadas de estudo (faltam carteiras, quadro, professores, livros nas bibliotecas etc.), seria possível o remanejamento de verbas destinadas à construção de uma casa de espetáculos públicos? E o que dizer da falta de ambulâncias nos municípios mais longínquos dos grandes centros de saúde, impossibilitando o transporte de portadores de doenças graves ou vítimas de acidentes? É comum, sobretudo nas Regiões Norte e Nordeste, a destinação de altas quantias ao pagamento de artistas musicais em eventos festivos, mas, em contrapartida, a saúde e a educação públicas são de péssima qualidade, o que demonstra que o controle realizado pelos Tribunais de Contas ainda não é suficiente, a despeito do notório reconhecimento da qualificação de seus quadros técnicos. Como se vê, são vários os dilemas enfrentados pelo Poder Judiciário neste campo.

---

<sup>786</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 96.

<sup>787</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 738-739.

<sup>788</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009, p. 432.

<sup>789</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral”. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, ano 2, n. 7, p. 252, jul./set. 2007.

Comprovada a absoluta escassez de recursos, é inegável que não se pode obrigar o impossível, mas, em contrapartida, se a insuficiência for meramente relativa, fruto de um processo de escolha política da Administração Pública, pode-se dizer que, sobre essa decisão, em princípio, não é vedado ao Poder Judiciário exercer um controle de constitucionalidade<sup>790</sup>. Assim, constatada a insuficiência de receita ou a aplicação inadequada dos recursos para a consecução dos fins sociais previstos na Constituição, o Estado “não paralisa sua ação, mas inicia a programação, no tempo, dos elementos de arrecadação e otimiza os gastos futuros, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade na distribuição dos recursos”<sup>791</sup>.

Como afirma Daniel Wei Liang Wang<sup>792</sup>, “a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único”. Para ser sustentável, a decisão política sobre a eficácia judicial de pretensões sociais frente à reserva do possível, além de racionalmente fundamentada, deve observar, no caso, o já estudado princípio da proporcionalidade. Este, na verdade, disciplina a proteção judicial aos direitos sociais.

Assim, a restrição decorrente da reserva do (relativamente) possível é relativizada pelo princípio da proporcionalidade, que deve incidir na proibição do retrocesso social e da insuficiência quanto à tutela dos bens sociais previstos na Constituição<sup>793</sup>. Em outros termos, não se pode invocar a teoria da reserva do possível para destituir, completamente, de eficácia um comando constitucional, sendo que “é o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade”<sup>794</sup>. Tem razão Eduardo Cambi<sup>795</sup>, quando afirma que, “como não existe uma proteção jurisdicional *definitiva*, os direitos fundamentais devem ser ponderados em uma *estrutura argumentativa racional*, onde devem ser levados em consideração os argumentos pró e contra”. Logo, no caso em estudo, em atividades rigorosamente analíticas, deve haver uma ponderação entre os valores envolvidos: o que a peça orçamentária visa a proteger e o bem social que se pretende obter judicialmente.

---

<sup>790</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 290.

<sup>791</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 111.

<sup>792</sup> WANG, Daniel Wei Liang. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 541, jul./dez. 2008.

<sup>793</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 243.

<sup>794</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001, p. 235.

<sup>795</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009, p. 382.

Sendo assim, por se tratar de fator externo de restrição aos direitos sociais, o Poder Judiciário tem à sua disposição o postulado da proporcionalidade, para, responsabilmente, aplicar a técnica da ponderação, a fim de verificar se a alegada escassez de recursos, à luz da interpretação constitucional, é contornável ou não, bem como se os argumentos administrativos são adequados e necessários à situação reclamada<sup>796</sup>. Pode-se dizer, então, que, se o Estado, no exercício de suas funções tipicamente políticas (administrativa e legislativa), não readequar sua conduta para a realocação de receitas, sem comprometimento de outros direitos igualmente relevantes, a fim de criar condições materiais aptas a alcançar os seus objetivos fundamentais no tempo, a função jurisdicional deve ser convocada para intervir nas respectivas políticas públicas<sup>797</sup>.

Conclui-se, dessa forma, que a interferência do Poder Judiciário no orçamento público não somente é permitida, como igualmente obrigatória, nas hipóteses de flagrante violação dos direitos fundamentais sociais<sup>798</sup>, especialmente do direito a prestações de saúde. O ideal, certamente, como se verá no decorrer desta tese, é que isso ocorra por intermédio de decisões coletivas estruturais, após a abertura de espaços democráticos de diálogos constitucionais no curso do procedimento, mas, em caráter de absoluta excepcionalidade, pode ocorrer também em demandas individuais.

### 3.3 A TESE DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO PENSAMENTO JURÍDICO DOMINANTE

Além da possibilidade de controle mínimo e razoável acerca da discricionariedade administrativa<sup>799</sup>, para uma parte da doutrina e da jurisprudência, a escassez de recursos não

<sup>796</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 194-196.

<sup>797</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle de políticas públicas”. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 233.

<sup>798</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle de políticas públicas”. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 230.

<sup>799</sup> Conforme preleciona Juarez Freitas, o projeto transformador do controle substancial da discricionariedade administrativa, na perspectiva do direito fundamental à boa administração pública, envolve os seguintes aspectos: a) “não existe discricionariedade administrativa imune a controles democraticamente estabelecidos, no atinente a meios, processos e efeitos”; b) no plano concreto, a escolha produtiva tem de se mostrar fortemente alinhada com métricas e programas de Estado Constitucional, mais do que de governo”; c) “há grave vício jurídico, decorrente da inoperância ou da inércia dos poderes discricionários, quando determinada política, sem justa causa, recai na famigerada procrastinação”; e d) “a escolha de consequências (benefícios diretos e indiretos) tem de levar em conta a multidimensionalidade do desenvolvimento almejado, não apenas a vertente econômica”. Cf. FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. ref. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 15.

pode impedir a realização do “mínimo existencial” relacionado ao direito social, sob pena de se esvaziar completamente o seu conteúdo, destituindo-o de qualquer sentido prático-jurídico. Já se disse, em doutrina, que “a teoria do mínimo existencial é peça-chave para o controle material das políticas públicas do Estado contemporâneo, daí a importância de seu estudo”<sup>800</sup>.

O ponto central, aqui, tendo em vista a centralidade do indivíduo na atuação pública<sup>801</sup>, é a situação de desrespeito à dignidade da pessoa humana considerada não de forma abstrata, mas concretamente<sup>802</sup>, sem depender da universalidade ou não da medida<sup>803</sup>. Procura-se, assim, proporcionar objetividade à ideia de respeito à dignidade humana, mas é preciso esclarecer que a dificuldade mudou apenas de expressão, pois agora está na delimitação do que seja o “mínimo existencial”, um conceito igualmente vago e impreciso<sup>804</sup>. Procurar-se-á, neste tópico, construir outro critério que, a partir da noção de respeito à dignidade humana, seja de fato objetivo e controlável no momento das decisões judiciais. Antes, porém, impõe-se analisar as ideias relacionadas ao paradigma do mínimo existencial.

Embora, na Alemanha, não haja direitos sociais prestacionais positivados na sua Lei Fundamental (1949), é de lá a concepção originária de que o mínimo existencial configura direito fundamental vinculado à dignidade da pessoa humana, pois integra o conteúdo do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas tarefas e obrigações<sup>805</sup>.

<sup>800</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 202.

<sup>801</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-27.

<sup>802</sup> A análise do mínimo existencial, portanto, não pode ignorar a condição específica do titular do direito. Conforme preleciona Daniel Sarmento, “o fornecimento de um medicamento certamente integrará o mínimo existencial para aquele indivíduo que dele necessite para sobreviver, e não possua os recursos suficientes para adquiri-lo. Porém, o mesmo medicamento estará fora do mínimo existencial para um paciente que, padecendo da mesma moléstia, tenha meios próprios para comprá-lo, sem prejuízo da sua subsistência digna. Trata-se, em suma, de saber até que ponto a necessidade invocada é vital para o titular do direito, aferindo quais seriam as consequências para ele da omissão estatal impugnada”. Cf. SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 417.

<sup>803</sup> Defendendo que a abordagem experimental é a melhor forma de levar adiante a investigação sobre os aspectos paradoxais na aplicação do conceito de dignidade humana e de explorar o seu significado, Cf. STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivar. “A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental”. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-insustentavel-leveza-do-ser/>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

<sup>804</sup> FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. “Considerações sobre o conceito de dignidade humana”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 22, p. 664, jul./dez. 2015.

<sup>805</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – algumas aproximações e alguns desafios”. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 246-249. No mesmo sentido, Cf. WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 208.

Ingo Sarlet<sup>806</sup> observa, corretamente, que não se trata de concepção meramente fisiológica, mas também sociocultural. Assim, pode-se dizer que o mínimo existencial não é um conceito individual ou universal<sup>807</sup>, motivo pelo qual deve ser buscado na convivência social, a partir dos valores constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “solidariedade”, da cláusula do Estado Social e do princípio da igualdade, na perspectiva de estabelecer um padrão mínimo de bem-estar, sem o qual o exercício pleno da cidadania seguramente fica comprometido<sup>808</sup>. Em outras palavras, trata-se de um conceito que “possui dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país, do avanço da cooperação internacional entre os Estados e dos laços de solidariedade social para garantia do mais fundamental dos direitos: *a vida*”<sup>809</sup>.

Esse conceito do mínimo existencial pode ser extraído de algumas normas positivadas (art. 7º, IV, da CF; art. 79 da ADCT da CF). O art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) aparenta sustentar o conteúdo mínimo dos direitos sociais, quando preconiza o seguinte: “Toda pessoa tem um direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Apesar do reconhecimento de que os direitos sociais não se resumem à concessão do mínimo existencial<sup>810</sup>, tem-se defendido, majoritariamente, que somente é possível a tutela

---

<sup>806</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – algumas aproximações e alguns desafios”. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 253-254.

<sup>807</sup> Segundo esclarece Fernando Facury Scaff, “O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos”. Cf. SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150.

<sup>808</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009, p. 392-393.

<sup>809</sup> OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. *Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

<sup>810</sup> Leonardo Wandelli, corretamente, observa que “o núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive dos denominados direitos sociais, expressa objeto mais amplo que o mínimo existencial”. Cf. WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012, p. 141. Essa concepção também é observada no âmbito da Filosofia Política, ou seja, na organização dos arranjos institucionais de uma sociedade justa. Como entende Thadeu Weber, “a garantia do mínimo existencial é uma exigência fundamental para o exercício da liberdade e da democracia, mas insuficiente para uma

judicial daqueles direitos, sem intermediação legislativa, quando estiverem em jogo condições necessárias para uma existência digna<sup>811</sup>. Em outras palavras, defende-se que, no caso do Brasil, cuja ordem constitucional prevê a normatividade dos direitos sociais, apenas a “tese do mínimo existencial” permite a concordância prática entre as exigências do princípio democrático (atuação do legislador infraconstitucional) e a garantia e promoção dos direitos sociais, especialmente quando em causa de condições materiais mínimas para uma vida condigna<sup>812</sup>.

Sendo assim, fora dessa hipótese de tutela do mínimo existencial, a doutrina tem defendido que, em homenagem ao pluralismo político e ao princípio democrático, incumbe ao legislador, dentro do seu poder de conformação, concretizar progressivamente os direitos sociais e evitar o retrocesso arbitrário<sup>813</sup>. Essa tese majoritária é defendida tanto por doutrinadores de Direito Constitucional quanto de Direito Processual.

Ada Pellegrini Grinover<sup>814</sup>, por exemplo, defende que o Poder Judiciário pode intervir em políticas públicas, quer para implementá-las, quer para corrigi-las, quando equivocadas, mas, para se evitarem excessos, devem ser observados os seguintes limites: a) a restrição à garantia do mínimo existencial; b) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público e a falta dela em relação à escolha do agente público; c) a reserva do possível.

É preciso perceber, todavia, que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada frente ao mínimo existencial, pois essa garantia mínima de direitos consubstancia o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana, de modo que o Estado, e mesmo a sociedade em suas relações particulares — mas, nesse caso, com menor intensidade —, pode se abster de garantir tal patamar existencial mínimo aos cidadãos e aos grupos sociais vulneráveis<sup>815</sup>.

---

concepção política da pessoa e da justiça”. Cf. WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 213-214.

<sup>811</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 157.

<sup>812</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – algumas aproximações e alguns desafios”. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 259-260.

<sup>813</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 180.

<sup>814</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009, p. 57.

<sup>815</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. “O controle judicial de políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental das pessoas necessitadas à assistência judiciária integral e gratuita”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 118, ago. 2011.

Nessa linha de raciocínio, portanto, tem predominado a tese de que, enquanto normas gerais, os direitos sociais, a exemplo do direito a prestações de saúde pública, não conferem direito subjetivo ao cidadão, a não ser para assegurar, no caso concreto, a tutela do “mínimo existencial”, quando, excepcionalmente, permite-se a interferência do Poder Judiciário na previsão orçamentária, sem que esse fato fira a essência da separação dos poderes<sup>816</sup>. Em outros termos, como defende Kazuo Watanabe<sup>817</sup>, a doutrina vencedora entende que se deve adotar o conceito de mínimo existencial, que diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana, para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação das funções legislativa e administrativa por intermédio de política pública específica e sem possibilidade de questionamento, no âmbito judicial, das condições práticas de sua efetivação, ou seja, sem a invocação da cláusula da reserva do possível<sup>818</sup>.

Acredita-se que Ricardo Lobo Torres seja o maior defensor da tese do mínimo existencial na doutrina brasileira, inclusive tem uma concepção singular a respeito da força normativa dos direitos sociais, o que reclama uma análise apartada da sua posição em relação ao restante da doutrina. Inicialmente, esse autor defende que, se não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais não pode ocorrer pelo Judiciário, mas sim pelos poderes políticos (Executivo e Legislativo), reservando-se àquele apenas o reconhecimento da intangibilidade do mínimo existencial e à determinação a estes da prática dos atos orçamentários cabíveis<sup>819</sup>. Adverte que “a judicialização das políticas orçamentárias pode conduzir à salvação ou à perda dos direitos humanos”<sup>820</sup>. Sendo assim, para não incorrer em inconstitucionalidade e perigosa desarticulação das finanças públicas, Ricardo

<sup>816</sup> LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 83 e 99-100.

<sup>817</sup> WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – *Mínimo existencial* e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 193, p. 18-19, mar. 2011.

<sup>818</sup> Para Rogério Gesta Leal, que reconhece que as funções estatais possuem relação de “coordenação”, e não de hierarquia, é preciso revisar os limites da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, a fim de favorecer a unidade política do sistema, atingindo as estruturas republicanas democráticas e representativas na menor intensidade possível, de modo que, se houver inconstitucionalidades por parte do Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário deve garantir, no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade, o mínimo existencial, que consubstancia a dignidade da pessoa humana. Cf. LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 93-97.

<sup>819</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75-76.

<sup>820</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial como conteúdo dos direitos fundamentais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 338.

Lobo Torres sustenta que o Judiciário não pode sequestrar verbas estatais fora da especialíssima hipótese prevista no art. 100, § 2º, da CF<sup>821</sup>. Com efeito, preconiza que “os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”<sup>822</sup>.

A partir dessas premissas, Ricardo Lobo Torres defende a tese de que os direitos sociais só se caracterizam como direitos fundamentais em relação ao mínimo existencial, inclusive em seu duplo aspecto: a) proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas; b) proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres<sup>823</sup>. Sustenta, nessa linha de pensamento, que há distinção entre “direitos fundamentais” e “direitos sociais”: “aqueles são garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas; os *direitos sociais*, sujeitos à *reserva do possível*, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias, não justificam a judicialização”<sup>824</sup>. Em outras palavras, na opinião de Ricardo Lobo Torres, “os direitos sociais prestacionais, que excedam o mínimo existencial, não sendo direitos fundamentais, estão abertos às restrições do legislador democrático”<sup>825</sup>.

Dessa forma, para Ricardo Lobo Torres, “o mínimo existencial constitui uma *regra*, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação”<sup>826</sup>. Sendo assim, sustenta que “o mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais”<sup>827</sup>. Ricardo Lobo Torres entende, portanto, que os direitos sociais representam apenas direitos *prima facie*, que necessitam da intermediação do Legislativo para se tornarem definitivos, de modo que a realização progressiva desses direitos depende de políticas públicas até o ponto em que não prejudiquem o processo econômico nacional e não comprometam a saúde das finanças públicas<sup>828</sup>. E justifica essa sua tese na superação da primazia dos direitos sociais sobre os direitos de liberdade, “que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos

<sup>821</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77.

<sup>822</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “Direitos fundamentais”. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245.

<sup>823</sup> *Idem*, p. 245.

<sup>824</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 113.

<sup>825</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial como conteúdo dos direitos fundamentais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 319.

<sup>826</sup> *Idem*, p. 316.

<sup>827</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 316.

<sup>828</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial como conteúdo dos direitos fundamentais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 336.

fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia desses últimos sequer na sua dimensão mínima<sup>829</sup>.

Não se concorda absolutamente, todavia, com esses argumentos, pois a tese do mínimo existencial pode acarretar, pelos menos, duas consequências negativas, que são objeto de preocupação desta tese. De um lado, não delimita e aperfeiçoa critérios de *accountability* judicial, propiciando voluntarismos subjetivistas que dificultam o controle democrático e republicano acerca das decisões, e, de outro, cria um simbolismo que pode prejudicar a ideia de desenvolvimento quanto à realização de políticas públicas de direitos sociais.

Começando por essa segunda hipótese, defende-se que, para não se cair “no argumento do voluntarismo político, onde o mínimo para a vida humana fica a depender da vontade do governante”<sup>830</sup>, ao Estado, em matéria de políticas públicas, não incumbe apenas concretizar o mínimo inerente à vida digna, especialmente em matéria de educação emancipatória, trabalho decente e serviços adequados de saúde, mas sim, considerando as limitações fático-jurídicas porventura existentes, estabelecer “progressivamente” a melhoria de condições de desenvolvimento do ser humano, sendo essa a sua função diante da complexa sociedade pós-moderna. Nesse sentido, ao definir que o controle jurisdicional limita-se à garantia desse mínimo existencial, pode-se passar a ideia de que o governo deva apenas assegurar esse nível prestacional.

A dificuldade inicia-se no próprio limite de extensão do conceito<sup>831</sup>. O conceito e o conteúdo do mínimo existencial não apresentam uniformidade na doutrina brasileira. Ana Paula de Barcellos<sup>832</sup>, por exemplo, entende que o compõem a educação fundamental, a saúde básica, a assistência em caso de necessidade e o acesso à justiça. Kazuo Watanabe<sup>833</sup>, por sua vez, reconhecendo que o mínimo existencial, “além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso”, elenca-o nos direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário-mínimo, à proteção à maternidade e à infância, mas

<sup>829</sup> TORRES, Ricardo Lobo. “Direitos fundamentais”. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245.

<sup>830</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 215.

<sup>831</sup> Observa, corretamente, Felipe de Melo Fonte que “o problema do mínimo existencial não é tanto reconhecê-lo como exigível do Estado, mas sim defini-lo e limitá-lo”. Cf. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217.

<sup>832</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277-333.

<sup>833</sup> WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 193, p. 19-20, mar. 2011.

esclarece que essa abrangência pode ser ampliada na medida em que melhorem as condições socioeconômicas do país.

Luiz Edson Fachin<sup>834</sup> defende que, à noção de patrimônio personalíssimo, deve-se associar uma concreta esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais. Nessa perspectiva, importa observar que, como o Estado tem o dever de tutela do cidadão diante da possível lesão a direitos fundamentais<sup>835</sup>, essa noção de mínimo existencial tem sido defendida também como parâmetro material para a aplicação dos direitos sociais no âmbito das relações entre particulares<sup>836</sup>, a exemplo dos contratos firmados com estabelecimentos de ensino e planos de saúde<sup>837</sup>. A jurisprudência tem ampliado o objeto de contratos de planos de saúde, fazendo incidir, diretamente, nessas relações particulares, o direito fundamental à saúde<sup>838</sup>. Para

<sup>834</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

<sup>835</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 133.

<sup>836</sup> Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ilustrativamente, consulte-se: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: RT, 2013; SARLET, Ingo Wolfgang. “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira”. *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil*. Stefan Grundmann, Gilmar Mendes, Claudia Lima Marques, Christian Baldus e Manuel Malheiros organizadores. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 57-89; MIRAGEM, Bruno. “Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais”. A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. Coordenação de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2007, p. 176-246; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

<sup>837</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações privadas”. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 8, n. 29, p. 85-92, jan./mar. 2007.

<sup>838</sup> Segue uma ementa ilustrativa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. Tratamento: Uso de Stent Intracraniano. Enfermidade: Aneurisma de Artéria Comunicante Anterior. Custo: R\$ 15.890,00. NECESSIDADE DO TRATAMENTO. A ausência do risco de vida, atestada a necessidade do tratamento, não é justificativa para que a Fazenda Pública não forneça o procedimento cirúrgico postulado ou que demore a fazê-lo, pois não é apenas o direito à vida garantia constitucional, mas também o direito à saúde. Ademais, a demora excessiva no fornecimento do procedimento pode acarretar o agravamento do quadro da parte autora. A urgência que autoriza a concessão da liminar é a dor, o desconforto e a gravidade que a enfermidade impõe ao autor. LISTA. RESTRIÇÃO. DESCABIMENTO. MEDICAMENTO INDICADO. FORNECIMENTO. Descabe restringir a responsabilidade do Poder Público ao fornecimento dos medicamentos presentes nas listas do SUS, já que implicaria verdadeira mitigação da garantia constitucional do direito à vida e à saúde, devendo, portanto, ser prestados os medicamentos indispensáveis à preservação do mínimo existencial. TRATAMENTO. COMPROVAÇÃO DE IMPRESCINDIBILIDADE. O médico que atendeu ao paciente é quem tem melhores condições de avaliar seu estado de saúde e de receitar o tratamento mais indicado para o caso, não sendo necessária maior comprovação além do laudo médico. Por fim, restou provada a negativa do plano de saúde privado da parte autora em fornecer o tratamento, permitindo a requisição perante o órgão judiciário. AGRAVO

assegurar o mínimo essencial para a manutenção da dignidade, não se tem admitido, inclusive para evitar situações de superendividamento, que seja ultrapassado o limite de 30% de margem consignável em contratos bancários de concessão de crédito<sup>839</sup>.

Como não se trata de concepção meramente fisiológica, mas também sociocultural<sup>840</sup>, defende-se, nessa perspectiva, que o mínimo existencial não é um conceito individual ou universal<sup>841</sup>, pois deve ser buscado na convivência social, a partir dos valores constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “solidariedade”, da cláusula do Estado Social e do princípio da igualdade, na perspectiva de estabelecer um padrão mínimo de bem-estar, sem o qual o exercício pleno da cidadania seguramente fica comprometido<sup>842</sup>.

Na perspectiva da realidade brasileira, a doutrina tem defendido que constituem aspectos do mínimo existencial o acesso à justiça<sup>843</sup>, a tutela ambiental<sup>844</sup>, o direito ao

DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70042747139, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 29/06/2011)”.

<sup>839</sup> Ilustrativamente, observe-se: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. LIMITAÇÃO DE DESCONTOS EM FOLHA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, MÍNIMO EXISTENCIAL E SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR. Consoante entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, revela-se válida a cláusula contratual que prevê o desconto em folha de pagamento. A limitação deste ao percentual máximo de 30% dos rendimentos auferidos pelo consumidor, subtraídos os descontos legais, decorre da eficácia também entre os particulares do princípio da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial), bem como objetiva evitar o superendividamento do consumidor. Assim, visa-se a assegurar um mínimo de rendimento para sobrevivência digna deste e de sua família. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Todavia, *in casu*, as dívidas não ultrapassam o limite de 30%, razão pela qual se nega provimento ao recurso. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível nº 70037178845, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Judith dos Santos Mottecy, Julgado em 14/10/2010)”.

<sup>840</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – algumas aproximações e alguns desafios”. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 253-254.

<sup>841</sup> Segundo esclarece Fernando Facury Scaff, “O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos”. Cf. SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150.

<sup>842</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009, p. 392-393. Há quem defenda que se trata de um conceito que “possui dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país, do avanço da cooperação internacional entre os Estados e dos laços de solidariedade social para garantia do mais fundamental dos direitos: *a vida*”. Nesse sentido, Cf. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 1. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

<sup>843</sup> Tem-se defendido que o acesso real à justiça constitui o direito fundamental por excelência, inclusive quanto à obrigação estatal de criar Defensorias Públicas em todos os Estados da Federação, uma vez que não adianta estabelecer, abstratamente, um catálogo de direitos, se o cidadão, no caso destes serem concretamente desrespeitados, não dispõe de conhecimento e meios aptos a exigir a sua imediata reparação. A existência de entraves econômicos quanto ao acesso à justiça fere qualquer noção de dignidade, pois, no seio da sociedade, cria-se uma espécie de hierarquia desqualificativa no que se refere ao exercício pleno da cidadania. Nesse sentido, Cf. FENSTERSEIFER, Tiago. “O controle judicial de políticas públicas destinadas à efetivação do

trabalho digno<sup>845</sup>, a assistência social<sup>846</sup> e a educação infantil<sup>847</sup> e emancipatória<sup>848</sup>.

---

direito fundamental das pessoas necessitadas à assistência judiciária integral e gratuita”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 98-100, ago. 2011.

<sup>844</sup> Também se fala, na doutrina, em dimensão ecológica do mínimo existencial, após o reconhecimento da fundamentalidade do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF). Trata-se do mínimo existencial socioambiental, que decorre da necessidade de integração com a agenda de proteção e promoção de uma existência digna em termos socioculturais (portanto, não restrita a um mínimo vital ou fisiológico), tudo em coerência com o projeto político-jurídico do Estado Socioambiental de Direito. Nesse sentido, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: RT, 2011, p. 126.

<sup>845</sup> No conceito de mínimo existencial, certamente, deve-se incluir a noção de políticas públicas voltadas ao combate contra qualquer forma de trabalho indigno. Não existe justificativa, em pleno século XXI, para a tolerância em relação à existência de trabalho em condições degradantes ou análogas às de escravo, de exploração do trabalho infantil, inclusive com conotações sexuais, de precarização pura e simples em nome da competitividade empresarial. Enfim, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, as relações de trabalho humano, sempre, devem guiar-se pelo valor da dignidade. Nesse sentido, Cf. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004, p. 125-127. DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p. 242.

<sup>846</sup> Também integra o conceito de mínimo existencial a assistência social. Conforme previsão expressa na legislação (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.742/1993), “para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais”. Rege-se pelos seguintes princípios: (I) supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; (II) universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; (III) respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; (IV) igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; (V) divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão (art. 4º da Lei nº 8.742/1993). A assistência social, nesse contexto, envolve, principalmente, os seguintes aspectos que podem ser tutelados judicialmente: a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e e) a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 2º, I, da Lei nº 8.742/1993).

<sup>847</sup> De igual modo, a educação infantil tem sido considerada, inclusive na jurisprudência do STF, como um direito sobre o qual a reserva do possível não pode ser invocada. Tem-se entendido que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como etapa primeira do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola. O art. 208, IV, da CF, dessa forma, assegura um direito social de forma definitiva, ou seja, sob a forma de uma regra constitucional, de modo que o Poder Público não tem opção, tem que concretizá-la, incondicionalmente. Assim, predomina o entendimento de que a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Sendo assim, acerta a doutrina, quando identifica que, por força da interpretação conjunta dos arts. 6º, 205, 208, I e § 1º, da CF, trata-se de um direito subjetivo exercitável de imediato, e a sua violação, sem prejuízo da responsabilização da autoridade administrativa responsável, importa em condenação da entidade pública competente a obrigações de fazer, a exemplo de proporcionar a matrícula em escola privada de ensino fundamental e de pagar pelos danos materiais (gastos devidos pela frequência ao ensino básico obrigatório em escolas privadas) e morais (indenização decorrente do atrasado na frequência ao ensino fundamental), se for o caso. Cf. RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 342-344, jan./dez. 2007.

<sup>848</sup> Na realidade, sem maiores distinções, o direito à educação deve figurar no rol de direitos minimamente exigíveis, pois é base para a concretização de direitos essenciais para o alcance pleno da dignidade. Nesse sentido, Cf. VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*.

Quanto ao direito a prestações de saúde pública, por força do imperativo texto constitucional (art. 196) e por ser elemento indissociável do direito à vida, é certo que também compõe a noção de mínimo existencial. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por reprovável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Se é certo dizer, nesse contexto, que o mínimo existencial não abrange apenas as condições de sobrevivência física<sup>849</sup>, por outro lado, persiste o problema da adequada extensão desse direito, para fins de exigibilidade judicial.

Ana Paula de Barcellos<sup>850</sup>, por exemplo, defende que o mínimo existencial compreende, preferencialmente, prestações capazes, pelo menor custo, de atender, de forma eficaz, o maior número possível de indivíduos, a exemplo das campanhas de prevenção de epidemias por meio da administração em massa de vacinas, como também prestações de que todos os indivíduos necessitam, como o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal, o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas (cardiológica, ginecológica etc.), ou provavelmente não de necessitar, tal como o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade (hipertensão, diabetes etc.), sempre nas condições mínimas estabelecidas para os planos e seguros de saúde privados (art. 12 da Lei n° 9.656/1998).

É certo que, em relação ao mínimo existencial, seja qual for esse conceito, o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica, não pode se escusar da tutela, mas, em contrapartida, só se pode falar em mínimo existencial em uma análise comparativa quanto às condições fático-jurídicas que condicionam ou restringem a concessão da medida. Sendo assim, uma parte da doutrina, defendendo que a dignidade da pessoa humana não é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, que reclamam

---

São Paulo: Saraiva, 2011, p. 98. Não apenas a educação fundamental constitui o mínimo existencial no Brasil, mas “sim o ensino médio, administrativa, legislativa e judicialmente exigível, e futuramente o ensino universitário (atualmente fomentado através de políticas públicas que democratizam o acesso ao ensino universitário)”, por decorrência das cláusulas de vedação do retrocesso social e do dever de concretização progressiva dos direitos sociais, “alcançando cada direito fundamental a sua dimensão máxima em termos de efetividade”. Cf. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. *Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

<sup>849</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. “Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 121, maio/ago. 2016.

<sup>850</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 810-811.

contextualização<sup>851</sup>, vem defendendo que o paradigma do mínimo existencial não parece ser parâmetro jurídico adequado, para definir a exigibilidade do direito a prestações de saúde pública. Tem-se sustentado, dessa forma, a partir da teoria dos princípios, que todo direito fundamental social é exigível *prima facie*<sup>852</sup>, dependendo apenas de determinados parâmetros ou condicionantes fático-jurídicos.

Sustenta-se, por isso, que “a garantia do mínimo existencial é uma exigência fundamental para o exercício da liberdade e da democracia, mas insuficiente para a concepção política de pessoa e de justiça”<sup>853</sup>. Entende-se, nessa perspectiva, que os direitos sociais, como condições da democracia real, devem ser adequadamente concretizados pela Administração Pública a partir do dirigismo constitucional na área socioeconômica. Sendo assim, uma parte da doutrina defende que a tese do mínimo existencial apenas “facilita a argumentação” na ponderação dos valores envolvidos no caso<sup>854</sup>, ou seja, sustenta-se que a ponderação continua sendo exigível, inclusive com maior ônus argumentativo por parte do juiz, à medida que a essencialidade da necessidade material em jogo for diminuindo<sup>855</sup>. Assim, para uma parte da doutrina, mesmo em demandas individuais, quanto maior a distância do bem jurídico pleiteado em relação ao mínimo existencial, menor é a chance de vitória processual, sendo a recíproca verdadeira.

Essa perspectiva em relação ao mínimo existencial, todavia, não é adequada, pois, como se verá no próximo item, por ser extremamente aberta, não facilita o controle judicial.

### 3.4 TESE PROPOSTA: DA “BIPOLARIDADE OBJETIVA” DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO CRITÉRIO ADEQUADO À TUTELA JUDICIAL DE PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA

Como visto no item anterior, uma parte da doutrina defende que, no momento de decidir, tanto por influência da ideologia conservadora quanto por uma perspectiva utópica de

---

<sup>851</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 25-26.

<sup>852</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 322.

<sup>853</sup> WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 213-214.

<sup>854</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 420.

<sup>855</sup> *Idem*, p. 419.

transformação da realidade<sup>856</sup>, o juiz deve levar em consideração os valores jurídicos impostos pelos textos normativos eventualmente colidentes com a prestação social (que se deseja concretizar), o que indica que, afinal, trata-se de tarefa de “ponderação” ou “sopesamento” entre os princípios envolvidos. Essa doutrina sustenta que, a não ser quanto ao mínimo existencial, não se reconhecem direitos sociais definitivos<sup>857</sup>, ou seja, os direitos sociais, a exemplo do direito a prestações de saúde pública, como princípios jurídicos que são, não se submetem à lógica do tudo-ou-nada<sup>858</sup>, “são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários”<sup>859</sup>.

Não se concorda, todavia, com essa visão. No que se refere à tutela do direito a prestações de saúde pública, a tese do mínimo existencial que prevalece contemporaneamente não se revela adequada, seja em sua interpretação restritiva, seja na ampliativa. O problema, não custa repetir, começa na imprecisão do conceito de “mínimo existencial”, a qual dificulta a concessão de prestações que observem a universalidade isonômica inerente aos direitos sociais e a uma adequada teoria decisória<sup>860</sup>. Na realidade, precisa-se ter cuidado com a tese do mínimo existencial, pois sua imprecisão pode ser utilizada, para negar a prerrogativa à tutela judicial do direito à saúde.

Ademais, mesmo partindo da premissa de que as normas de direitos sociais também são imperativas, não se pode concluir que, se, em uma determinada situação, não existem maiores restrições, inclusive quanto aos limites orçamentários, dever-se-ia conceder o máximo (possível). Não é o caso, pois, a partir de uma adequada interação entre os sistemas jurídico e político, o máximo prestacional não deve ser concedido pela via judicial decisória, porque o sistema político seria corrompido, caso a decisão judicial pretendesse conceder o máximo possível em relação à tutela de direitos sociais.

---

<sup>856</sup> FREITAS, Lorena. *Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito*. Recife: Bagaço, 2009, p. 65-68.

<sup>857</sup> Para facilitar a libertação quanto ao mínimo existencial, revela-se oportuna a seguinte lição de Robert Alexy: “De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. De outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 512.

<sup>858</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 502.

<sup>859</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 183-184.

<sup>860</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

É preciso, pois, estabelecer um critério decisório que permita um controle objetivo acerca de seus pressupostos, critério esse que também preserve incólume a cláusula da separação de poderes, mantendo intangível o sistema jurídico. Em outras palavras, mesmo em litígios individuais, em que o eventual contato entre o juiz e a parte atrai forte apelo emocional no momento de decidir<sup>861</sup>, revela-se essencial delimitar a atuação jurisdicional nas demandas por prestações de saúde pública, para conferir racionalidade, equilíbrio e eficiência ao sistema<sup>862</sup>.

Agora, é possível, isto sim, obter, o máximo possível, em sede de um novo modelo de jurisdição, o dialógico, que, sem ânsia para decisões imperativas, procura lograr solução consensual em processo de natureza coletiva, extraindo o máximo de utilidade da atividade jurisdicional. Aliás, esse, inclusive, é um dos motivos e objetivos pelos quais se defende, nesta tese, a coletivização das demandas individuais, com a ampliação dos espaços democráticos de debate. É que, nas soluções negociadas coletivamente, as possibilidades de interpretações que garantam máxima efetividade da Constituição são infinitas, inclusive no que concerne ao critério da universalidade isonômica.

O pensamento jurídico dominante, por imposição ideológica do mercado e da desorganização administrativa dos governos, tende a prestigiar apenas os chamados direito civis e políticos. Deve-se adotar, todavia, uma concepção unitária dos direitos humanos, única

---

<sup>861</sup> Para uma visão mais ampla acerca da correlação entre a litigância individual e a chamada “justiça de misericórdia”, Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 135-142.

<sup>862</sup> De uma maneira geral, tem-se defendido que, ressalvada a ocorrência de justo motivo verificável objetivamente, a reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações assumidas perante a Constituição e, principalmente, a comunidade internacional, especialmente quando, desse comportamento negativo, puder resultar nulificação de direitos humanos impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. Deve-se considerar que, muitas vezes, é a má aplicação dos recursos públicos e a inabilidade de gerenciamento das políticas públicas por parte do Estado brasileiro que constitui o verdadeiro empecilho à realização dos direitos fundamentais. Além disso, apesar de a carga tributária, no Brasil, ser digna dos países europeus, a contraprestação dos serviços públicos não corresponde, muitas vezes, aos mínimos anseios sociais, a qual serve apenas para manter o sistema financeiro, sem gerar benefícios à população. Esses fatos, certamente, devem ser considerados em relação ao problema em debate, pois não se pode ficar em estado de alienação quanto à realidade. O que deve haver é uma mudança cultural quanto à efetivação dos direitos sociais. Não se pode tratá-los como direitos de segunda ordem, já que, como percebido pelo juiz-dialógico, constituem pressuposto para a plena realização dos demais direitos fundamentais, nem subordinado à Economia. A temática da concretização judicial dos direitos sociais, inclusive o direito à saúde, portanto, termina sendo de justificação ou de argumentação racional, levando-se em conta, no caso concreto, os limites fático-jurídicos que são impostos à realização desses fins constitucionalmente relevantes. No sentido do texto, Cf. MAIOLINO, Eurico Zecchin. “Desafios à efetividade dos direitos fundamentais”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 99, vol. 893, p. 57, mar. 2010; AGRA, Walber de Moura. “Limites à efetivação dos direitos fundamentais”. *Constituição e efetividade constitucional*. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite coordenadores. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 294; BARRETO, Vicente de Paulo. “Reflexões sobre os direitos sociais”. *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-120; FEITOSA, Enoque. *O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação*. Recife: UFPE, 2009, p. 217.

adequada à complexidade da sociedade contemporânea, reconhecendo entre eles uma unidade de sentido constitucional, uma interligação sistêmica e dialética, a inexistência de diferenças estruturais e uma exigibilidade *prima facie*, sempre dependente das possibilidades reais e jurídicas<sup>863</sup>.

Preleciona Cláudio Pereira de Sousa Neto<sup>864</sup> que a atuação judicial na concretização dos direitos sociais circunscreve-se à garantia das condições necessárias ao desenvolvimento do cidadão, não apenas quanto ao mínimo existencial, mas em relação a fatores que permitam a participação de todos quanto à realização de um projeto razoável de vida (autonomia privada) e à formação da vontade coletiva (autonomia pública). Essa regra, naturalmente, aplica-se ao direito à saúde. Ao Estado, em matéria de políticas públicas, não incumbe apenas concretizar o mínimo inerente à vida digna, mas sim, considerando as limitações fático-jurídicas porventura existentes, estabelecer progressivamente a melhoria de condições de desenvolvimento do ser humano, sendo essa a função do Estado pós-moderno.

Esse modelo doutrinário caracteriza o que se denomina, nesta tese, de “concepção ampliativa do mínimo existencial”. Essa perspectiva de análise, todavia, embora correta na perspectiva do direito ao desenvolvimento dos povos e no plano ideal da prestação de políticas públicas<sup>865</sup>, não se revela adequada para os casos individuais de prestações de saúde pública fora da prévia legalidade ordinária e das listas e prévio planejamento governamental. Saber, em um caso individual, se a medida proporciona o desenvolvimento das potencialidades humanas, com plenas autonomias privadas e públicas, não é tarefa simples e, o que é mais problemático sob o ponto de vista prático, proporciona um subjetivismo decisório que pode romper com os limites constitucionais em termos de decisão judicial democrática. O mínimo, por não ser preciso, pode se transformar em máximo<sup>866</sup>. Precisa-se construir, por isso mesmo, um critério decisório que diminua os espaços de discricionariedade e arbitrariedade decisórias.

Essa visão ampliativa do mínimo existencial, todavia, e isto não custa repetir, deve ser utilizada como meta nos diálogos democráticos e interinstitucionais que devem existir em

<sup>863</sup> SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

<sup>864</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Sousa Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 534-535.

<sup>865</sup> Sobre o “princípio do resgate” e o “teste do seguro prudente” no que se refere às quantias moralmente apropriadas às prestações de saúde pública, Cf. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 431-449.

<sup>866</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 202.

demandas qualificadas como “coletivas”, para se buscar, ao final, uma solução consensual entre todos os envolvidos. Essa negociação coletiva, certamente, deve procurar um parâmetro que assegure a universalidade isonômica em relação ao direito à saúde, ou seja, um critério resolutivo que, na prática, amplie o acesso da maior parte da população a outros bens e serviços de saúde. De forma direta, a visão ampliativa do mínimo existencial deve ser utilizada para resolver ações coletivas envolvendo políticas públicas de saúde, pois potencializam a autonomia dos cidadãos, mas não deve ser um critério utilizado nos casos individuais, que reclamam outro parâmetro decisório.

É certo que deve haver uma mudança cultural que enfatize um raio de ação para além do mínimo existencial, posição juridicamente possível e desejável constitucionalmente no que se refere à atuação administrativa do Estado<sup>867</sup>. Deve-se criar, dessa forma, uma cultura administrativa e governamental para além do mínimo existencial, de modo que as promessas constitucionais venham a se tornar realidade, potencializando o exercício da cidadania ativa, tudo sem prejuízo à democracia representativa e à separação dos poderes. No que se refere às decisões judiciais (solução adjudicatória), entretanto, essa perspectiva não se revela constitucionalmente desejável<sup>868</sup>, por acarretar um estranhamento entre os poderes estatais.

É correto, dessa forma, que se pode pensar em um horizonte ampliativo, contudo, no que se refere à tutela do direito fundamental a prestações de saúde pública, apenas quando se estiver na perspectiva de uma solução consensual, principalmente por intermédio de uma ação coletiva, a partir de diálogos interinstitucionais perante os quais serão avaliadas as condições fáticas e jurídicas acerca da efetividade da proposta<sup>869</sup>. Não pode haver proteção individual ou

---

<sup>867</sup> Em outras palavras, na prática, deve-se procurar a máxima eficácia dos direitos sociais, pois não se pode criar hierarquia entre os direitos fundamentais, cuja concepção deve ser formada pela noção de indivisibilidade. Ao Estado, para não incorrer em inconstitucionalidades, incumbe criar condições de efetivo exercício de liberdade, contexto em que a efetivação dos direitos sociais apresenta-se como inafastável, já que propicia o desenvolvimento integral da cidadania, ou seja, prepara e condiciona o cidadão para a vida democrática, possibilitando o exercício de suas potencialidades. Dessa forma, para que não haja retrocesso quanto à dimensão transformadora da realidade social inerente à jurisdição contemporânea, revela-se imprescindível uma postura emancipatória em relação ao mínimo existencial, de viés neoliberal, assegurando aos membros da coletividade, na maior medida do razoável e juridicamente possível, um considerável acesso igualitário aos bens necessários ao desenvolvimento de suas habilidades, para poder participar, com capacidade real de influência, dos debates democráticos travados na arena pública.

<sup>868</sup> Como a efetivação dos direitos fundamentais e a proibição de sua proteção insuficiente são compromissos do Estado Democrático Constitucional de Direito, há, na doutrina, quem defenda, corretamente, que a ofensa ao mínimo existencial, apesar de ser um parâmetro argumentativo de destaque, não seja o único meio de controle judicial de políticas públicas. Nesse sentido, Cf. ZANETI JR., Hermes. “A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia”. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66-67.

<sup>869</sup> Explica melhor Virgílio Afonso da Silva: “O conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito. Em outras palavras: tanto quanto qualquer outro direito, um direito

coletiva insuficiente, mas é possível atingir, mediante diálogos entre as instituições e sujeitos envolvidos, uma medida de transformação social<sup>870</sup>. Precisa-se, portanto, de prudência, para, como alertado neste estudo, não se incorrer em ativismo judicial antidemocrático. Logo, se a solução não for decisória, ou seja, na perspectiva do consenso entre as instituições envolvidas no processo coletivo, deve-se buscar a medida que melhor otimize o direito à saúde dentro das condições fáticas e jurídicas que lhe são impostas<sup>871</sup>.

Observe-se que a tese do mínimo existencial parece ser a tendência legislativa, inclusive com suporte na dignidade da pessoa humana. No particular, preconiza o art. 7º do PL nº 8.058/2014, que pretende instituir o processo especial para o controle das políticas públicas e sua intenção pelo Poder Judiciário:

Art. 7º. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.  
Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

---

social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como o “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 205.

<sup>870</sup> Conforme preleciona Ingo Sarlet, o vínculo do mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana resulta na garantia de uma existência digna, que está além da mera sobrevivência (mínimo vital). Nessa perspectiva, entende-se que os direitos sociais, em sua esfera individual ou coletiva, não podem sofrer proteção insuficiente. Deve haver, no particular, uma cultura de complementação e reforço recíproco entre as tutelas individual e coletiva, considerando a natureza estrutural desses litígios. Mas, impõe-se perceber que, mesmo quando se trata de tutela do mínimo existencial, deve haver um respeito recíproco entre as instituições, como tradicionalmente ocorre na Alemanha. Do contrário, as medidas estruturantes perdem sua relevância e legitimidade, cuidando-se de meros apelos que, na melhor das hipóteses, podem gerar um constrangimento e a necessidade de alguma justificação pelos demais atores estatais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 210, 218, 225, 227-228 e 230.

<sup>871</sup> Robert Alexy, em lição acompanhada majoritariamente na doutrina brasileira, esclarece que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. E conclui sua clássica lição: “Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91.

Nessa perspectiva, “*mínimo existencial* é o conteúdo mínimo dos direitos sociais<sup>872</sup>, constitucionalmente garantido, que permite justiciabilidade imediata”<sup>873</sup>. Há, conforme a doutrina, teorias absoluta, relativa e intermediária acerca do mínimo existencial<sup>874</sup>. Todavia, propõe-se, nesta tese, pelos motivos expostos, uma alternativa à tese do mínimo existencial, pelo menos no que concerne à tutela individual do direito a prestações de saúde pública. Já se pensou, anteriormente, em sua superação<sup>875</sup>, mas, revendo essa posição, considera-se que essa expressão encontra-se consagrada na doutrina e jurisprudência, e o que se precisa, na realidade, é de uma remodelação do conceito para a realidade brasileira, a fim de permitir maior controle quanto à sua aplicação. Nesse sentido, essa alternativa conceitual não deve ostentar os mesmos problemas identificados acima, especialmente quando o conceito proposto no PL n° 8.058/2014 revela-se demasiadamente abstrato.

A tese, que envolve essencialidade da pretensão, pode ser separada da seguinte forma: a) o juiz só pode decidir nas situações em que o diálogo processual não seja possível, isto é, nas situações de extrema urgência em relação à saúde dos jurisdicionados; b) o deferimento da medida de urgência satisfativa deve centrar-se, ao lado dos demais parâmetros decisórios, na possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação à saúde dos jurisdicionados, inclusive quando o caso envolver prestações atípicas<sup>876</sup>. Logo, se não há

<sup>872</sup> Observe-se, ilustrativamente, que, para Luís Roberto Barroso, “o mínimo existencial correspondente ao núcleo essencial dos *direitos fundamentais sociais* e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 290.

<sup>873</sup> COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 400.

<sup>874</sup> Pela teoria absoluta, não há exceção: enquadrada a situação no mínimo existencial, deve-se deferir a medida judicial pleiteada. Se o medicamento pleiteado, por exemplo, estiver na listagem do SUS, a tutela judicial é medida que se impõe. A teoria relativa, por sua vez, advoga a tese de que não é possível saber aprioristicamente o conceito de mínimo existencial, o que só pode ocorrer por intermédio da máxima da proporcionalidade, ponderando (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito), no caso concreto, a viabilidade da medida judicial. Finalmente, para a teoria intermediária ou mista, algumas situações não podem ser excepcionadas da tutela judicial do mínimo existencial, ao passo que outras, não. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 90; SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204-204; COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 400.

<sup>875</sup> REIS, Sérgio Cabral dos. “Tutela judicial dos direitos sociais: para além do mínimo existencial na jurisdição constitucional democrática”. *O mundo do trabalho e as novidades normativas na perspectiva da magistratura e do ministério público: estudos em homenagem a Arnaldo Süssekind*. Gérson Marques e Ney Maranhão coordenadores. São Paulo: LTr, 2014, p. 276-290.

<sup>876</sup> Ilustrativamente, observe-se que a Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em decisão unânime, manteve sentença que condenou a Fazenda do Estado a indenizar em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a títulos de danos morais, mãe de criança que morreu por falta de fornecimento de leite especial. De acordo com os autos da Apelação Cível n° 0005874-89.2009.8.26.0053, a Fazenda do Estado

possibilidade de causar dano irreversível ou de difícil reversibilidade, a medida pleiteada deve ser indeferida; c) fora das situações de urgência, somente é possível julgar a causa e proferir sentença condenatória, caso todos os parâmetros decisórios estejam presentes, o processo, em princípio, tenha sido coletivizado e tenham sido esgotadas todas as tentativas de solução consensual; d) é possível também deferir a medida, especialmente nas situações de urgência envolvendo doenças raras ou genéticas, quando a decisão acarretar significativa qualidade de vida para o jurisdicionado.

Há, como se observa, duas perspectivas para o mínimo existencial: uma “negativa”, relacionada à análise das consequências para o jurisdicionado, caso a medida seja rejeitada, e outra “positiva”, que deve ser verificada, pela via oposta, considerando as consequências decisórias, na hipótese de deferimento. Na primeira perspectiva, o juiz deve responder à seguinte indagação: “caso a tutela seja negada”, o jurisdicionado sofrerá, comprovadamente, dano irreparável ou de difícil reparação em sua saúde? Se a resposta for positiva, a medida inibitória deve ser deferida, desde que, naturalmente, preenchidos os demais parâmetros decisórios. Na segunda perspectiva, a indagação tem direção oposta: “se a tutela for deferida”, o jurisdicionado terá aumento significativo em sua qualidade de vida? De igual forma, se a resposta for positiva, o pedido deve ser atendido. Essas duas perspectivas formam o que se chama, neste estudo, de “bipolaridade do mínimo existencial”, conceito esse que, superando as críticas principiológicas e institucionais já estudadas, considera o direito à prestação de saúde suscetível a ser, desde logo, atendido pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário.

Observa-se, neste momento, que a fixação de critério objetivo, para o deferimento de medida judicial em demandas de saúde pública, acarretará efeitos jurídicos e políticos. Juridicamente, como já se ressaltou neste estudo, o critério apontado acima acarretará maior racionalidade decisória e, com efeito, possibilitará um controle mais efetivo e concreto das decisões judiciais, que não poderão mais utilizar fórmulas retóricas e abstratas desconectadas dos fatos da causa.

Ademais, conferindo maior segurança jurídica à judicialização da saúde e não sendo o

---

havia sido condenada a fornecer leite especial à criança, mas não cumpriu a determinação judicial. Conforme a decisão, o conjunto probatório revelou-se conclusivo no sentido de atribuir à Administração Pública a culpa pelo evento. “É obrigação do Estado a proteção à saúde das pessoas. A recusa em fornecer o tratamento médico necessário constitui grave e hedionda ofensa aos princípios constitucionais”, afirmou o relator, Desembargador Marcelo Martins Berthe.

caso de proteção insuficiente<sup>877</sup>, esse critério restritivo dificilmente acarretará a suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público<sup>878</sup>. É que o pressuposto da urgência decisória, se devidamente comprovado, revelar-se-á insuperável e impedirá o provimento desse incidente cautelar<sup>879</sup>, pois, diante da necessidade de tutela da própria dignidade do paciente, provavelmente não haverá que se falar em grave lesão à saúde e à economia públicas<sup>880</sup>.

Constata-se que, enquanto nas demandas individuais é preciso que o governo demonstre e comprove a existência de concreto risco de lesão ao interesse público<sup>881</sup>, para que a decisão tenha sua execução suspensa, nas demandas coletivas, a perspectiva se inverte, pois, em uma espécie de cautela inversa<sup>882</sup>, se restar demonstrado que há risco de graves danos irreparáveis ou de difícil reparação à saúde da coletividade, a decisão judicial deve ter a sua eficácia mantida. O mesmo raciocínio, aliás, deve ser estabelecido para a hipótese de a decisão acarretar significativo aumento da qualidade de vida à parte da população portadora de doença rara ou genérica.

Por outro lado, impõe-se notar que o critério proposto acima, o da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, acarretará, sob a perspectiva política, um novo arranjo social. É que a sociedade civil, percebendo que o Poder Judiciário não solucionará todos os seus problemas na área de saúde pública, naturalmente deverá se mobilizar, para pressionar o governo por melhorias na prestação dos serviços na arena própria, que são os palcos políticos. Nesse sentido, a sensível questão da saúde pública, por intermédio desse novo critério de racionalidade decisória, contribuirá, em certa medida, para a reorganização do arranjo

---

<sup>877</sup> No sentido de que, se houver o dever de proteção judicial a determinado direito fundamental, essa proteção não pode ser insuficiente, Cf. BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 55-56, dez. 2010.

<sup>878</sup> O instituto encontra-se disciplinado em diversos dispositivos e diplomas normativos, a exemplo do art. 12, § 1º, da Lei nº 7.347/1985, do art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e do art. 15 da Lei nº 12.016/2009. Esse regramento aplica-se à tutela provisória contra a Fazenda Pública, por incidência do art. 1º da Lei nº 9.494/1997 e do art. 1.059 do CPC.

<sup>879</sup> Defendendo que, no pedido de suspensão, há uma pretensão específica à cautela pelo poder público, Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 606. No mesmo sentido, com incursão na teoria constitucional da tutela cautelar e no direito substancial de cautela, Cf. VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contra o poder público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 85-106. Registre-se, todavia, o posicionamento doutrinário no sentido de que o requerimento de suspensão de execução de decisão judicial contra o poder público não é ação, nem recurso ou sucedâneo recursal, mas sim uma voluntária “questão incidente”, manifestada por uma defesa impeditiva. Nesse sentido, Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 98 e 105.

<sup>880</sup> VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contra o poder público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 215 e 222.

<sup>881</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 181-182 e 240.

<sup>882</sup> VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contra o poder público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 407-408.

democrático, estimulando o exercício de cidadania ativa, vigilante e engajada quanto à fiscalização das omissões governamentais.

É lógico que, como é próprio da linguagem, há também vagueza, imprecisão e ambiguidade em expressões como “grave dano”, “difícil ou impossível reparação”, “dano irreversível” ou “melhorar substancialmente a qualidade de vida do jurisdicionado”, mas também é certo que esses aspectos de insegurança são bem menores do que a concepção que não delimita minimamente o conceito de “mínimo existencial”. Nessa perspectiva, impõe-se ao juiz delimitar, na decisão, qual foi o dano evitado, a probabilidade de sua ocorrência e as características que o qualificariam, no caso, como irreversível. Da mesma forma, nos fundamentos da decisão, se for o caso, devem constar os aspectos da qualidade de vida do jurisdicionado os quais, a partir da medida, seriam potencializados como também os elementos mínimos de prova nesse sentido. Esses aspectos, não custa insistir, tornam a decisão mais racional e controlável, evitando decisionismos subjetivistas.

Observe-se que, como a doutrina tem defendido que “o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana”<sup>883</sup>, é importante também agregar a essa nova visão do mínimo existencial em matéria de judicialização da saúde pública uma concepção minimamente objetiva da própria noção de dignidade humana<sup>884</sup>. Em outras palavras, como se trata de fundamento recorrente dos julgados que tutelam judicialmente prestações de saúde pública, revela-se essencial fixar uma interpretação adequada da cláusula da proteção à dignidade humana<sup>885</sup>.

Trata-se de “princípio”<sup>886</sup> normativamente protegido na esfera internacional<sup>887</sup> e base axiológica da democracia<sup>888</sup>, mas, apesar de reclamar consideração e respeito à pessoa

<sup>883</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 87. No mesmo sentido, entende Eurico Bitencourt Neto: “O direito ao mínimo existencial é direito fundamental adscrito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade material, próprios do Estado de Direito democrático e social”. Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. “Vinculação da administração pública ao mínimo existencial”. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Luísa Cristina Pinto e Netto e Eurico Bitencourt Neto coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 170. Para Sidney Guerra, todavia, “não se pode confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial, nem se pode reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir. Apesar de a vasta extensão dos direitos sociais gerar problemas relacionados à amplitude de sua eficácia e comprometer a credibilidade da construção do Estado Democrático de Direito, não se justifica partir para versões minimalistas, abandonando de vez a visão mais global”. Cf. GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 199.

<sup>884</sup> Não é finalidade deste estudo, naturalmente, dissecar o “princípio” da dignidade da pessoa, nas suas múltiplas dimensões e potencialidades, nem tampouco desvelar a sua origem histórica.

<sup>885</sup> No sentido de que uma determinada ordem jurídica, para vencer o teste de legitimidade substancial, deve priorizar a pessoa em detrimento do Estado, Cf. MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 25.

<sup>886</sup> A doutrina tem entendido a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental da ordem jurídica, embora não absoluto. Assim, como os valores, sejam políticos ou morais, adentram no mundo do Direito sob a

humana independentemente de sua capacidade e condição (física, psicológica, econômica etc.)<sup>889</sup>, tem conteúdo relativamente indefinido<sup>890</sup>. Em outros termos, apesar de ser um tema bastante estudado, ocupando lugar de destaque no discurso jurídico contemporâneo, o princípio da dignidade humana nem sempre é devidamente delimitado<sup>891</sup>, o que tem permitido, na prática judiciária, a ocorrência de decisionismos de difícil controle, por conta da ampla vagueza dessa expressão, tornando-a uma “fórmula vazia”, que, se serve para tudo, não serve para nada<sup>892</sup>. No campo da judicialização da saúde, por exemplo, nem sempre os juízes utilizam uma fundamentação contextual dotada de racionalidade, pois a usam como mero reforço teórico para uma solução previamente tomada, ou seja, sem analisar o contexto do caso.

As funções da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico também são amplas. Defende-se, por exemplo, que essa cláusula normativa pode ser utilizada para “fundamentar a criação judicial de novos direitos”, “formatar a interpretação adequada das

forma de princípios, tem-se defendido a natureza principiológica da dignidade humana. Nesse sentido, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 64. Conforme preleciona Daniel Sarmiento, “quando efetivamente implicada em conflito principiológico, a dignidade humana tende a assumir peso muito elevado, o que a leva a prevalecer quase sempre nos processos de ponderação”. Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 99.

<sup>887</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 76-77.

<sup>888</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 46-49.

<sup>889</sup> NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 197.

<sup>890</sup> Ilustrativamente, observa-se que, para José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, ou seja, trata-se do epicentro axiológico da ordem jurídica. Cf. SILVA, José Afonso. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998, p. 92. Maria Celina Bodin de Moraes, por sua vez, compreende o conteúdo da dignidade da pessoa humana a partir de quatro princípios: a) igualdade; b) integridade física e psíquica; c) liberdade; d) solidariedade. Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147. Luís Roberto Barroso sustenta que a dignidade é um princípio cujo conteúdo mínimo pode ser compreendido em três perspectivas: “valor intrínseco” de todos os seres humanos, assim como a “autonomia” de cada indivíduo, que pode ser limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (“valor comunitário”). Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 72. Daniel Sarmiento, por sua vez, atribui à dignidade humana os seguintes componentes: a) valor intrínseco da pessoa; b) autonomia; c) mínimo existencial; d) reconhecimento intersubjetivo. Cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 98. Na doutrina estrangeira, Habermas advoga que “a dignidade humana forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. Tradução de Denilson Luís Werle, Luiz Repa e Rúriom Melo. São Paulo: Unesp, 2012, p. 17.

<sup>891</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 320-321.

<sup>892</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. “O ‘fundamento do direito’: entre o direito natural e a dignidade da pessoa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. LII, n. 1 e 2, p. 38 e 40, 2011.

características de um determinado direito”, “criar limites à ação do Estado” (eficácia negativa) e “fundamentar o juízo de ponderação e escolha da prevalência de um direito em prejuízo do outro”<sup>893</sup>. Como se percebe, são vários aspectos funcionais que se podem atribuir à dignidade humana, sendo certo que o seu uso abusivo pode acarretar a sua banalização conceitual.

Por isso, no que interessa a este trabalho, revela-se absolutamente necessária a delimitação do conceito de “dignidade humana”, para facilitar a sua utilização, nas questões de judicialização da saúde pública, como parâmetro objetivo de controle da ação estatal, inclusive na perspectiva de funcionar, simultaneamente, como limite e tarefa<sup>894</sup>. Assim, em um contexto de escassez de recursos, necessidades sociais intermináveis em relação aos bens de saúde pública e de imperativo de observância da universalidade na tutela estatal, impõe-se adotar, como fundamento adequado do paradigma do mínimo existencial, uma interpretação restritiva da proteção à dignidade humana<sup>895</sup>.

Isso não significa, todavia, que o espaço de ação judicial circunscreva-se a garantir o mínimo necessário à “sobrevivência do paciente”. Pelo contrário, o parâmetro decisório afasta qualquer critério que, no caso, imponha a “coisificação do ser humano”<sup>896</sup>, ou que permita a degradação da pessoa<sup>897</sup>, sem prejuízo de também evitar a naturalização da insensível tese das “escolhas trágicas”<sup>898</sup>.

---

<sup>893</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79-80.

<sup>894</sup> No sentido de que a dimensão normativa da dignidade humana assume, simultaneamente, limite e tarefa não só dos poderes estatais, mas também da comunidade em geral, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

<sup>895</sup> O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF), em 11 de maio de 2017, adotou posição similar no sentido de que o direito subjetivo a prestações originárias na área da saúde, o qual decorre diretamente da invocação do texto constitucional, reveste-se de natureza excepcional. Nesse sentido, entendeu-se que, similarmente à situação de um efetivo estado de necessidade, só é possível a concessão judicial de determinada medida, quando restar comprovada uma situação de grave risco para a vida humana e inexistir alternativa compatível no catálogo de procedimentos e tratamentos do seguro público de saúde. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos sociais como direitos subjetivos: a nova decisão da corte alemã”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

<sup>896</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 66 e 74.

<sup>897</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

<sup>898</sup> Dentre outros, defendendo que se devem depositar na discricionariedade do Legislador, por intermédio do sistema orçamentário, as escolhas trágicas de eleição de prioridades de gastos públicos, a serem implementadas em curto e médio prazo, incumbindo ao Executivo concretizá-las, Cf. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105.

No paradigma da “bipolaridade do mínimo existencial”, o respeito à dignidade humana, que deve ser sempre aferido a partir de uma determinada realidade concreta<sup>899</sup>, também é visto na perspectiva de provocar um significativo aumento na qualidade de vida do paciente, tratando-o com consideração e respeito. Além disso, se o paciente puder sofrer dano irreparável ou de difícil reparação em sua saúde, a medida judicial, como já dito, deve ser deferida, para não tratar o paciente como um “objeto descartável”<sup>900</sup>. Observa-se, desse modo, que o conceito adequado de “mínimo existencial” deve ser aferido com base no respeito à dignidade da pessoa humana não de forma abstrata ou apriorística, mas no plano concreto, a partir do indivíduo para o Estado<sup>901</sup>.

Impõe-se perceber, nesse contexto, que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 170 da CF), que assume relevância na identificação e fundamentação dos direitos sociais, não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, pois se trata de uma norma jurídico-positiva<sup>902</sup>, com plena eficácia nos casos concretos<sup>903</sup>. Em outras palavras, não se pode mais visualizar a dignidade da pessoa humana como manifestação do direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana; pelo contrário, atualmente, a máxima do respeito à dignidade do ser humano fundamenta a própria cidadania e a ação estatal, conferindo unidade material à Constituição, para afastar soluções de casos concretos compromissadas apenas com a abstração e o formalismo<sup>904</sup>.

O respeito à dignidade da pessoa humana, como se sabe, aparece como o valor central do Estado Democrático de Direito, o seu fim precípuo<sup>905</sup>, que molda os direitos

<sup>899</sup> TEPEDINO, Gustavo. “O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa”. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vítor Almeida coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 18.

<sup>900</sup> Deve-se perceber que há um vínculo radical entre a dignidade do ser humano e sua absoluta irrepugnabilidade. Nesse sentido, Cf. RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o ‘princípio liberdade’ na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 112.

<sup>901</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 231 e 233.

<sup>902</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70.

<sup>903</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação história dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70-80.

<sup>904</sup> BONAVIDÉS, Paulo. “A dignidade da pessoa humana”. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 230-234.

<sup>905</sup> Conforme preleciona Daniel Sarmento, a dimensão normativa da dignidade humana impõe a primazia da pessoa humana sobre o Estado, reconhecendo-a como um fim. Nessa perspectiva, o Estado seria apenas um meio para a garantia da promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 87.

fundamentais<sup>906</sup>, e deve, por isso mesmo, constituir a base da argumentação tópica, recomendada para os casos de tutela de urgência relacionados a prestações de saúde pública, já que propõe, a partir de questionamentos contextuais e de racionalidade decisória, a descoberta mais razoável para a solução de um caso jurídico<sup>907</sup>. Assim, embora seja possível estabelecer parâmetros na atuação judicial, acredita-se que soluções pré-fabricadas ou genéricas, mesmo que com bases teóricas sólidas, devem ser vistas com extrema cautela, pois o princípio da dignidade da pessoa humana sempre deve prevalecer no caso concreto<sup>908</sup>.

Observe-se que o art. 8º do CPC/2015 não ajuda nessa missão, pois a sua redação utiliza apenas conceitos absolutamente indeterminados. De acordo com esse dispositivo, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Disposições normativas dessa natureza, a despeito de orientar o comportamento judicial, podem acarretar decisionismos arbitrários, quando não se tem consciência dos limites éticos e institucionais que são impostos ao exercício da jurisdição. Apenas para ficar no tema em apreço, o que significa “promover a dignidade da pessoa humana”? Como é consensual a proteção à dignidade humana, a possibilidade de haver subjetivismos autoritários é evidente<sup>909</sup>. Sendo assim, repita-se, revela-se fundamental delimitar o que se entende por “violação à dignidade humana”, para se caminhar em direção às excepcionais situações em que a jurisdição pode interferir em políticas públicas, especialmente, no que tange ao objeto deste estudo, as prestações de saúde.

Em outras palavras, deve-se buscar uma concepção de dignidade humana compatível com um cenário de escassez de recursos e de responsabilidade institucional da jurisdição, que,

<sup>906</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 103.

<sup>907</sup> Para Jürgen Habermas, “somente esse vínculo *interno* entre dignidade humana e direitos humanos produz aquela fusão explosiva da moral no mundo *medium* do direito, no interior do qual deve ser efetuada a construção das ordens políticas justas”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa*. Tradução de Denilson Luís Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012, p. 37.

<sup>908</sup> Como premissa básica, impõe-se observar, com base na lição de Clémerson Merlin Clève, que, em vez de uma “dogmática da razão do Estado”, deve-se preferir uma “dogmática constitucional emancipatória”, que tem por objetivo primordial estudar o texto constitucional à luz da “dignidade da pessoa humana”, ou seja, uma dogmática focada não no Estado, mas, antes, na pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico. E não poderia ser diferente, pois, conforme elucida José Adércio Leite Sampaio, “a força emancipatória do discurso dos direitos humanos tem antes um alicerce na construção de uma cultura ou consciência de dignidade, de tolerância e de valor do ser humano, como ser autônomo e como membro de uma sociedade”. Cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, v. 54, p. 29, jan./mar. 2006; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 120.

<sup>909</sup> Nesse sentido, Cf. FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. “Considerações sobre o conceito de dignidade humana”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 22, p. 649-670, jul./dez. 2015.

além de respeitar os espaços da política, não pode privilegiar desarrazoadamente alguns cidadãos em detrimento de outros. Nesse sentido, pode-se dizer que a clássica ideia iluminista de Immanuel Kant<sup>910</sup> permanece atual, no sentido de que a dignidade é a característica do que não tem preço, tornando o cidadão um ser racional dotado de autonomia e um fim em si. Em sentido restritivo, há violação à dignidade, quando uma pessoa é considerada como um objeto ou uma mercadoria, ou seja, não é tratada como um ser humano que, por isso mesmo, merece igual consideração e respeito.

É inegável que existe uma função substancial da dignidade da pessoa humana (*status positivo*)<sup>911</sup>, mas, para fins deste trabalho, a sua dimensão normativa somente pode agregar fundamento a uma prestação de saúde pública, quando houver violação à sua função tradicional, ou seja, de proteção ou garantia de defesa. Sendo assim, presentes os outros critérios decisórios que ainda serão estudados, uma tutela de urgência somente poderia ser deferida, se o jurisdicionado fosse tratado como um mero objeto descartável diante de situações que pudessem comprometer a ideia de igual consideração e respeito à sua expectativa de autonomia. Nessas situações, não pode haver insensibilidade estatal e invocação da tese da reserva do possível.

É inegável que os aspectos relacionados à visão ampliativa da cláusula da dignidade humana são compatíveis com a ideia de Estado Democrático de Direito e constituem um norte no processo estatal de transformação da realidade social, mas, como já adiantado, defende-se que é mais adequada, para os casos nas hipóteses de judicialização de prestações de saúde pública, a utilização de um conceito restritivo, pois o conceito ampliativo pode acarretar ativismos judiciais antidemocráticos e até mesmo antirrepublicanos.

---

<sup>910</sup> Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 74-79.

<sup>911</sup> O cidadão, especialmente em um país como o Brasil, que nunca vivenciou a plenitude do Estado Social, não pode ser abandonado à própria sorte. O Estado, na pior das hipóteses, deve lhe socorrer, no caso concreto, para lhe assegurar um mínimo de esperança nas situações mais trágicas. Afinal, tem-se defendido que a sociedade atual vive sob a égide do Estado Constitucional Solidário, que é aquele “racionalmente organizado para realizar os objetivos e direitos fundamentais, protegendo os seus cidadãos de toda e qualquer lesão ou ameaça a tais direitos e objetivos inseridos em seu projeto político fundamental denominado Constituição”, cuja força normativa deve sempre ser atualizada em comparação à realidade histórica ou pelos fatos concretos da vida. Cf. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 1. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 22-24. Nessa perspectiva, tem-se defendido que os ideais de solidariedade e de fraternidade formam a base da tutela da dignidade da pessoa humana. Acontece, todavia, que, como os conceitos de “solidariedade” e de “fraternidade” são extremamente abertos, tornando mais vaga a ideia de dignidade humana, impõe-se precisar o conceito desta, especialmente para se averiguarem contextos de sua violação.

Apesar de os direitos sociais serem direitos *prima facie*<sup>912</sup>, impõe-se estabelecer determinados *standards* decisórios que garantam uma racionalidade mínima na condução dos processos judiciais. Por isso, defende-se a utilização da ideia básica da dignidade humana, no sentido da impossibilidade de um ser humano ser tratado como um objeto descartável ou uma mera mercadoria comercializável e desprezível, ideia essa que possibilita a construção de um critério decisório dotado de universalidade<sup>913</sup>, possibilitando, na prática, a satisfação do anseio de “igual consideração e respeito”.

É certo que há, na doutrina, quem defenda que o critério adequado para conceituar a dignidade humana está relacionado apenas à ideia de autonomia, no sentido de que ninguém deve ser tratado como tendo mais valor do que outras pessoas e que se devem dar condições, para que as pessoas desenvolvam e exerçam a sua capacidade de escolha<sup>914</sup>. Para os fins desta tese, todavia, essa lição não se revela adequada, pois, embora a eliminação desses problemas tenha sido o intento de seus autores, não há “objetividade relativamente controlável” e, principalmente, o foco na autonomia dos cidadãos pode proporcionar decisões ativistas, que extrapolam os limites do sistema jurídico. Sendo assim, não custa repetir, é a ideia de respeito à dignidade como vedação de tratamento do ser humano como um “objeto” ou “mercadoria descartável” que permite o controle das decisões judiciais e impede omissões injustificáveis do governo em matéria de prestações de saúde pública. É com base nessa ideia que, nas demandas por prestações de saúde pública, deve-se analisar o paradigma do mínimo existencial.

Derradeiramente, deve-se investigar se a tese apontada acima fere o princípio da vedação do retrocesso social<sup>915</sup>. Em outros termos, a utilização do critério da bipolaridade objetiva do mínimo existencial encontra obstáculo intransponível no princípio da vedação do retrocesso social? Entende-se que não. Genericamente, como a própria expressão sugere, há retrocesso social, se as conquistas sociais retrocedem. Ora, pelo que se pretende à luz do novo

---

<sup>912</sup> PULIDO, Carlos Bernal. “Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais”. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 300-305.

<sup>913</sup> O parâmetro da universalidade, certamente, é um critério de justiça decisória. Nessa perspectiva, com base na lição de Klaus Günther, impõe-se perceber que, como condição de imparcialidade no discurso jurídico, “o princípio semântico de potencial universalização pressupõe que a hipótese de norma possa ser aplicada em situações que sejam diferentes, mas suficientemente semelhantes”. Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

<sup>914</sup> Nesse sentido, Cf. FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. “Considerações sobre o conceito de dignidade humana”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 22, p. 667-668, jul./dez. 2015.

<sup>915</sup> Para uma visão geral acerca da “proibição do retrocesso social”, ilustrativamente, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “Notas sobre a assim designada proibição do retrocesso social no constitucionalismo latino-americano”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

critério, não é isso que possivelmente se verificará, pois, diante de parâmetros que darão maior racionalidade ao procedimento decisório de políticas públicas de saúde, estas atingirão o seu objetivo de universalidade igualitária com mais eficácia. Em outros termos, mais cidadãos serão atingidos por essas medidas, inclusive no plano das políticas preventivas, além de assegurar a isonomia quanto à tutela judicial. Esse previsível quadro, se comparado à situação atual, significa um avanço democrático, e não um retrocesso. Deve-se recordar que, quanto aos direitos sociais, o critério da universalidade deve prevalecer sobre raciocínios meramente individuais e isolados.

Definida essa questão, impõe-se agora verificar os demais parâmetros decisórios.

### 3.5 DOS DEMAIS PARÂMETROS DECISÓRIOS NAS PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA

É inegável que o problema mais agudo da judicialização da saúde pública é a concessão exagerada de medidas liminares<sup>916</sup>. Pode-se construir, todavia, um padrão decisório de racionalidade mínima. Nesse sentido, se o primeiro parâmetro material, talvez o mais importante deles, para a decisão judicial envolvendo bens e serviços de saúde pública, diz respeito à possibilidade de ocorrência de dano irreparável aos jurisdicionados, ou de significativa melhoria em sua qualidade de vida, como visto no item anterior, o segundo parâmetro pode ser extraído da teoria da reserva do possível.

Sob o ponto de vista fático, a reserva do possível deve ser concebida “como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes”<sup>917</sup>. Assim, no plano da tutela coletiva, a teoria da reserva do possível somente poderá ser invocada, se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, inclusive com

---

<sup>916</sup> Maria Paula Dallari Bucci sugere algumas estratégias para a redução da judicialização da saúde. No âmbito do Poder Judiciário, sustenta que se deve reverter o automatismo da concessão de liminares, considerando os elementos de fato de cada caso. No âmbito do Poder Executivo, advoga que se deve rever a apresentação das políticas terapêuticas, melhorando sua inteligibilidade. No âmbito conjunto dos poderes Executivo e Legislativo, sugere aprimorar a juridicidade das políticas, explicitando as responsabilidades respectivas, além de disciplinar protocolos de atendimento aos usuários do sistema de saúde. Finalmente, no âmbito conjunto dos poderes Executivo e Judiciário, preconiza que há necessidade de disseminar as listas e seu caráter vinculante perante aos juízes. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. “Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas”. *Judicialização da saúde: a visão do executivo*. Coordenação de Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 80-85.

<sup>917</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 411.

planejamento para utilização progressiva, na perspectiva de que os impedimentos ao pleno exercício dos bens e serviços de saúde pública sejam sanados e removidos no menor tempo possível<sup>918</sup>, sem causar danos irreparáveis à coletividade. Por outro lado, ressalvadas as hipóteses de enquadramento no mínimo existencial, a teoria da reserva do possível pode ser invocada de forma legítima, “especialmente quando o pedido e a decisão visarem beneficiar alguém em particular e de forma isolada”<sup>919</sup>.

Percebe-se, portanto, que, apesar de os direitos sociais visarem a uma melhoria de vida de determinadas categorias da população, mediante políticas públicas concretas, esse fato não os tornam um direito invocável apenas coletivamente<sup>920</sup>. Podem ser tutelados sob o prisma individual, mas, em contrapartida, pode-se afirmar que, em princípio, “o exercício de um direito *social* que gera benefícios apenas a *um indivíduo* ou a um *pequeno grupo* certamente não foi aplicado de forma adequada”<sup>921</sup>. Como adverte Eros Roberto Grau<sup>922</sup>, a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a qual deu origem à reserva do possível (*numerus clausus*) deve ser lembrada: “em qualquer caso a aplicação dos recursos públicos não há de depender de considerações unicamente individuais, sem que se leve em conta os interesses coletivos”.

A questão não seria propriamente em relação aos custos da medida, a exemplo do custeio de um tratamento médico no exterior, mas de uma questão de respeito ao princípio da igualdade, ou seja, da razoabilidade da omissão em matéria de política pública, se comparada com as pessoas que eventualmente estiverem na mesma condição da postulante<sup>923</sup>. Trata-se, pois, da “universalidade isonômica” relacionada aos direitos sociais<sup>924</sup>. A doutrina entende

<sup>918</sup> SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 160.

<sup>919</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. “Em torno da ‘reserva do possível’”. *Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’*. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 172-173.

<sup>920</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. “Definição e características dos direitos fundamentais”. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009, p. 125.

<sup>921</sup> SCAFF, Fernando Facury. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 51, p. 82-83, jun. 2007.

<sup>922</sup> GRAU, Eros Roberto. “Realismo e utopia constitucional”. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

<sup>923</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 411.

<sup>924</sup> Por conta desse critério, Duciran Farena advoga que o governo não pode ser responsabilizado por tratamentos experimentais de alto custo ou no exterior. No particular, enfatiza da seguinte forma: “Embora não seja tão fácil determinar o que pode ser universalizável, esta reflexão já nos permite incluir desde já, entre os pedidos não universalizáveis, tratamentos experimentais ou no exterior. Poderia tratamento no exterior ser fornecido para

que não são razoáveis, assim, decisões judiciais que condenem a Administração Pública a entregar uma casa para uma família, ou a empregar um determinado trabalhador desempregado, pois, ainda que a pretexto, respectivamente, de efetivar os direitos à moradia ou ao trabalho, não são passíveis de universalização<sup>925</sup>.

É certo que o anseio do paciente pelo melhor tratamento existente, inclusive fora do país, ou pelo esgotamento de todas as possibilidades terapêuticas em busca de sua cura ou melhoria de vida, não encontra amparo no sistema jurídico. Mas, em contrapartida, também é correto observar que a “universalidade” da pretensão não pode ser analisada em uma perspectiva meramente abstrata ou hipotética, mas sim a partir da possibilidade real de sua ocorrência, pois, do contrário, transformar-se-á esse parâmetro decisório em um critério insuperável. É preciso, portanto, que existam sérios indícios de que diversas pessoas estão na iminência de pleitear judicialmente a medida.

Esse argumento, por óbvio, deve ser ponderado no momento de se decidir uma questão judicial de saúde pública, inclusive o critério da possibilidade de ocorrência de dano irreparável aos jurisdicionados, como também — para o caso de doenças raras, genéticas ou crônicas — o da melhoria significativa na sua qualidade de vida convergem para essa preocupação. Em outras palavras, como já dito neste estudo, a fixação desse critério como pressuposto para o deferimento da medida judicial, além de ser restritivo, que respeita a cláusula da separação de poderes, e possibilitar o controle objetivo acerca da decisão do juiz, tem a vantagem de assegurar, em princípio, a universalidade isonômica das prestações de saúde.

Sendo assim, como segundo parâmetro material da decisão racional, pode-se afirmar que, mesmo que o caso concreto exija a concessão judicial da medida, o juiz deve considerar, em princípio, se houver perspectiva de outras pessoas solicitarem-na, a possibilidade de o Estado concedê-la, caso em que o seu ônus argumentativo será bem menor.

É preciso perceber, todavia, que esse critério da isonomia ou impessoalidade não é único, absoluto e insuperável, pois, para não haver injustificável negativa na prestação

---

todos os brasileiros com determinada moléstia, com os custos que implica, inclusive de acompanhamento de familiares? Certamente que não. O cidadão brasileiro tem o direito ao melhor serviço que o país pode fornecer, ou pode universalizar, mas não ao melhor tratamento disponível no mundo, porque este não é universalizável. Não é possível ao judiciário prestigiar tratamentos experimentais, inovadores, de alto custo, sem limites, quando estes não podem ser ofertados aos demais. Se há alternativa viável, ainda que não a melhor existente ou a preferida pelo paciente, no território nacional, esta deve ser privilegiada em detrimento da última”. Cf. FARENA, Duciran Van Marsen. “Efetivação e limites do direito à saúde: orçamento e reserva do possível”. *Parahyba Judiciária – Revista da Justiça Federal*, João Pessoa, ano 9, n. 9, p. 186, set. 2015.

<sup>925</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 540.

jurisdicional<sup>926</sup>, é possível que o caso concreto justifique a concessão da medida (judicial). Nessa hipótese, deverá haver um esforço maior quanto à racionalidade dos argumentos apresentados na fundamentação. No particular, como leciona Neil MacCormick<sup>927</sup>, “a razoabilidade envolve levar em consideração todas as razões e sopesá-las da melhor maneira possível”, inclusive considerando os argumentos da Administração Pública, de modo que esses fundamentos objetivos possam ser controlados nas instâncias judiciais superiores.

Ademais disso, ao determinar a concretização de um princípio instituidor de um direito social, como o direito à saúde, o juiz, na motivação, deve deixar clara a necessidade da intervenção judicial no caso, deve apontar os elementos especiais de ordem institucional que a justificam, enfim, tem de suportar o ônus de legitimar a sua própria competência na matéria<sup>928</sup>. A decisão racional, portanto, deriva da análise de todos os outros argumentos.

Por exemplo, como terceiro parâmetro decisório, incumbe ao Poder Judiciário observar se o indivíduo dispõe de capacidade financeira em relação à pretensão, pois, se os recursos não são ilimitados, deve-se priorizar a garantia dos direitos sociais para os mais pobres economicamente<sup>929</sup>. O estudado princípio da fraternidade impõe, inclusive para não se inviabilizar a garantia de outras necessidades básicas, que se priorizem políticas públicas em favor dos cidadãos hipossuficientes<sup>930</sup>, considerando a repartição de responsabilidades com as entidades familiares contemporâneas<sup>931</sup>. A verificação dessa incapacidade financeira deve

<sup>926</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 294.

<sup>927</sup> MACCORMICK, Neil. “Direito, interpretação e razoabilidade”. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

<sup>928</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. “Princípio é preguiça?”. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 299.

<sup>929</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 539.

<sup>930</sup> Há quem se refira ao “princípio da solidariedade”. Nesse sentido, preconiza Felipe de Melo Fonte que, “quando as prestações públicas são escassas, dependendo de intervenção judicial, o dever de solidariedade exige que a preferência seja dos hipossuficientes, mesmo que seja relativa ao mínimo existencial”. Cf. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 278.

<sup>931</sup> Conforme precedente do STF (REExt. 566.471/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15/09/2016 — Informativo n. 839/2016), há a necessidade de se demonstrar, no processo, a incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos previstas nos arts. 1.694 a 1.710 do Código Civil. Nesse sentido, tem-se defendido que, na família contemporânea, não pode haver direitos sem responsabilidades. A igualdade e a autonomia dos integrantes reclamam reciprocidade e solidariedade. Essa concepção é clara no art. 229 da Constituição, segundo o qual os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores; e os filhos maiores, o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O dispositivo abrange, portanto, os deveres de cuidado com a saúde como manifestação cogente de solidariedade familiar. Logo, a dignidade humana, considerado o direito à saúde, seria comprometimento não só do Estado mas também da família. E, tendo em vista que não há hierarquia formal entre esses diferentes deveres de solidariedade, cabe ao intérprete harmonizá-los. Por ser específico, o dever familiar precede o estatal, que é

ocorrer no plano concreto, de forma que, se o indivíduo tem condições de arcar com os custos da prestação, não pode exigi-la do Estado por intermédio da função jurisdicional.

O quarto parâmetro decisório decorre da força dos planejamentos administrativo e orçamentário e da natural incapacidade institucional de o Poder Judiciário lidar com políticas públicas. Conforme preleciona Maria Paula Dallari Bucci<sup>932</sup>, é inegável que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

A tese defendida neste trabalho, repita-se, é no sentido de que o fator orçamentário deve ser considerado pelo juiz, mas não pode ser encarado como um obstáculo insuperável. Deve, sim, ser compreendida como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no exercício da tutela jurisdicional. A existência do fator orçamentário, portanto, é suficiente, para exigir do juiz considerável “dose de cautela” em relação às demandas por direitos sociais, porém, como não é um parâmetro absoluto, pode ser desconsiderado em consonância com os parâmetros materiais elencados acima. Na lição lapidar de Daniel Sarmiento<sup>933</sup>, “trata-se de um fator relevante, mas que está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso concreto”.

---

custeado por toda a sociedade por meio de tributos. Nesse sentido, o Estado atua subsidiariamente, ou seja, exclusiva ou complementarmente, a depender do nível de capacidade financeira da família solidária. Entretanto, ainda que os deveres de solidariedade familiar estejam presentes, o mínimo existencial dos membros da família deve ser respeitado. A obrigação dos familiares é limitada pela capacidade financeira de custeio dos direitos básicos — saúde, educação, alimentação, moradia — de si mesmos e dos parentes mais próximos. Dessa forma, o dever solidário de cada um surge apenas quando não prejudicado o sustento individual do próprio mínimo existencial e o dos familiares mais próximos, assim categorizados conforme a disciplina legal pertinente. Para isso, as nuances de prioridades devem ser resolvidas pela observância das regras do Código Civil sobre a estrutura da família, das relações de parentesco e dos deveres alimentares. De acordo com o art. 1.694 do CC, o direito aos alimentos está vinculado às relações conjugais, de união estável e de parentesco. Quanto às relações conjugais hétero e homoafetivas, a obrigação recai sobre o cônjuge; já no caso da união estável, o companheiro é o responsável. Quanto ao parentesco, tanto na relação natural quanto na civil, ou até mesmo na socioafetiva, o dever observaria o art. 1.697 do CC, que preconiza o seguinte: “Na falta dos ascendentes, a obrigação de alimentos cabe aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, na falta destes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”. O dispositivo abarcaria as relações de parentesco em linha reta e colateral, caso em que, aquelas precederiam estas. Nesse sentido, considerando-se parentes em linha reta, a obrigação prioritária é dos pais (ascendentes em primeiro grau). Tal responsabilidade pode recair de forma exclusiva, sucessiva ou complementar sobre os demais ascendentes, avós ou bisavós (CC, art. 1.696). Na ausência dos ascendentes ou na incapacidade financeira deles, o dever é atribuído aos descendentes, observada a ordem de sucessão (filhos, netos e assim por diante). Na falta de ascendentes e descendentes, surge o dever de solidariedade por relação de parentesco em linha colateral, considerados os irmãos, germanos ou unilaterais.

<sup>932</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. “Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas”. *Judicialização da saúde: a visão do executivo*. Coordenação de Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63.

<sup>933</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 413.

Argumenta-se, conforme já mencionado, que, em regra, os juízes não têm o conhecimento especializado necessário à efetivação de políticas públicas, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para a avaliação das mesmas. Argumenta-se que há uma preocupação apenas com a tutela individual, sem verificação precisa quanto às consequências.

Virgílio Afonso da Silva<sup>934</sup>, por exemplo, entende que, para não haver um “ativismo judicial despreparado”, impõe-se realizar “diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar dos direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva”, a fim de não prejudicar políticas públicas e destruir, por consequência, uma história de sucesso coletivo no que se refere aos bens sociais, mesmo que o juiz bem intencionado consiga “resolver” alguns casos isolados.

Assim, as deficiências da capacidade institucional do Poder Judiciário em relação aos direitos sociais não podem ser ignoradas, mas, consoante preconiza Daniel Sarmento<sup>935</sup>, “quanto mais a questão discutida envolver aspectos técnicos de políticas públicas, mais cautelosa e reverente em relação às decisões dos demais poderes deve ser a atuação do Judiciário”. Dessa forma, como quarto parâmetro decisório adequado, quando houver divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração Pública e a apresentada pelo demandante individual, deve-se prestigiar, em princípio, a primeira, já que aquela dispõe de capacidades institucionais mais apropriadas<sup>936</sup>.

Sendo assim, se o Estado oferece determinado procedimento ou medicamento para uma patologia, não pode o Poder Judiciário, em princípio, determinar outra espécie de solução técnica. Observe-se, nessa perspectiva, que não deve ser imposto à Administração Pública o fornecimento de medicamentos de marcas comerciais específicas, prescritos em detrimento daqueles existentes na política pública de assistência farmacêutica. É que o art. 196 da CF não abre espaço para opção mercadológica de marcas, sabores ou formatos. Observe-se, ainda, que a exceção pode ser admitida, como a inclusão de tratamentos fora das listas do sistema de saúde, desde que a necessidade, a adequação, a eficiência e a segurança do requerido estejam

---

<sup>934</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 596-597.

<sup>935</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino Organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 423-424.

<sup>936</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 542.

devidamente comprovadas, o que converge para a incidência dos princípios da precaução e da prevenção, inerentes à saúde, bem como, em última instância, para a utilização racional dos recursos públicos<sup>937</sup>.

A questão que surge, neste momento, diz respeito aos pedidos judiciais relacionados à existência de tratamento médico (medicamentos, cirurgias etc.) sem eficácia ou evidência científica previamente comprovada<sup>938</sup>. Trata-se de tratamentos experimentais e prescrições médicas fora dos protocolos clínicos e das listas do SUS<sup>939</sup>, envolvendo medicamentos sem prévia aprovação da ANVISA<sup>940</sup>. Nesses casos, talvez como a última esperança do cidadão, deve o juiz deferir ou não a medida pleiteada? Embora o STF e o STJ, inclusive em saúde suplementar privada<sup>941</sup>, tenham precedentes em sentido contrário, a questão não é tão simples.

Por força da Recomendação nº 31 do CNJ, é certo que o parâmetro a ser observado diz

---

<sup>937</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45-46.

<sup>938</sup> No particular, é relevante consultar o art. 12 da Lei nº 6.360/1976, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária e assuntos afins, e a Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.

<sup>939</sup> Sobre a famosa “pílula do câncer”, fabricada pelo Instituto de Química da USP, Campos São Carlos – SP, ilustrativamente, Cf. ANDRIGHI, Fátima Nancy. “A fosfoetanolamina sintética: uma proposta de reflexões sobre o paternalismo exacerbado do poder judiciário na área do direito à saúde”. *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. Werson Rêgo coordenador. Rio de Janeiro: GZ, 2017, p. 199-214.

<sup>940</sup> Observe-se que o art. 19-T da Lei nº 8.080/1990 veda ao SUS o pagamento ou reembolso de tratamentos ou medicamentos não autorizados e registrados na Anvisa. Considerando o disposto no art. 19-Q, § 2º, pode-se dizer que o reembolso só pode ocorrer, quando o paciente comprovar que o procedimento adotado foi eficaz, baseado em evidência científica, e configurou melhor opção clínica do ponto de vista do custo-benefício relativamente a outros tratamentos. Tem-se entendido, ademais, que o ressarcimento das despesas médicas realizadas em hospital particular pressupõe a negativa de tratamento na rede pública de saúde ou fato excepcional que justifique o imediato tratamento em estabelecimento privado, não se justificando, quando não há comprovação desses pressupostos, a condenação da Administração Pública, em cenário de escassez de recursos, apenas para satisfazer pretensão meramente patrimonial individual da parte autora.

<sup>941</sup> Ilustrativamente, observe-se este recente julgado do STJ: “DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. PLANO DE SAÚDE. RECUSA À COBERTURA DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO. MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA. FORNECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 11/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 04/04/2017. Julgamento: CPC/2015. 2. O propósito recursal é definir se a recorrente, operadora de plano de saúde, está obrigada a fornecer/custear a droga Revlimid (lenalidomida) – medicamento importado e sem registro na ANVISA – para tratamento oncológico da recorrida. 3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial. 4. Além do contrato firmado entre as partes, a própria Lei 9.656/98, que regulamenta a prestação dos serviços de saúde, autoriza, expressamente, em seu art. 10, V, a possibilidade de exclusão do “fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados”. 5. A manutenção da higidez do setor de suplementação privada de assistência à saúde, do qual a recorrente faz parte, depende do equilíbrio econômico financeiro decorrente da flexibilização das coberturas assistenciais oferecidas que envolvem a gestão dos custos dos contratos de planos de saúde. 6. Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/76. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (STJ, REsp 1663141/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, 03/08/2017, DJe 08/08/2017).”

respeito à observância, no procedimento terapêutico pretendido no caso concreto, de sua evidência científica ou de uma alternativa terapêutica substitutiva disponível na rede pública de saúde<sup>942</sup>. É inegável a importância de considerar as tecnologias médicas sustentáveis cientificamente. Por outro lado, também se revela correto observar que a resposta judicial não é tão simples e linear, ou seja, não havendo selo de cientificidade, deve-se indeferir o pedido de pronto.

Sabe-se que a visão mercadológica da indústria farmacêutica e seu poderoso *lobby* exercido sobre segmentos sociais (associações de pacientes, médicos etc.), para aquisição de medicamentos, habitualmente colide com a perspectiva das políticas públicas de saúde<sup>943</sup>, mas nem por isso outros aspectos podem ser desconsiderados. Assim, apesar de a regra ser a exigência de comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, essa comprovação não se dá exclusivamente pelo registro formal na ANVISA, pois também se devem considerar os tratamentos meramente experimentais que ainda não foram testados pelo sistema de saúde brasileiro.

Se o registro de medicamentos, terapias e equipamentos de saúde, no Brasil, é realizado pela ANVISA, existem órgãos similares em outros países democráticos onde a questão também é tratada com seriedade e o devido rigor. Por exemplo, nos EUA, existe a FDA<sup>944</sup>, na Europa, o EMEA e, no Japão, o *Pharmaceuticals and Medicals Devices Agency*. Excepcionalmente, portanto, é possível o deferimento judicial fundado em instituições estrangeiras renomadas, com observância de padrões de rigidez igual ou superior ao nacional, bem como em estudos realizados por instituições de pesquisa internacionalmente

<sup>942</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 120.

<sup>943</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 351, set. 2016.

<sup>944</sup> Conforme prelecionam João Biehl e Adriana Petryana, o Brasil é um dos cerca de cem países que reconhecem o direito constitucional à saúde. Uma parte importante desse direito é o acesso a medicamentos. Embora o Brasil tenha um dos programas mais avançados do mundo de tratamento do HIV/Aids, por exemplo, muitos cidadãos ainda não encontram medicamentos essenciais disponíveis nas farmácias locais. Com cerca de duzentos milhões de habitantes e uma economia em ebulição, o Brasil, hoje, é um dos mercados farmacêuticos com maior taxa de crescimento no mundo. É cada vez maior o número de prescrições médicas e a demanda de pacientes por novas tecnologias médicas. A *Food and Drug Administration* (FDA) norte-americana e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) no Brasil aprovaram alguns tratamentos de MPS; outros ainda estão em fase de ensaios clínicos. Empresas de biotecnologia estão entrando no campo de tratamentos de doenças órfãs, apresentando novidades em relação ao defasado modelo de desenvolvimento de medicamentos das últimas décadas. A Lei dos Medicamentos Órfãos (*Orphan Drug Act*) dos EUA, de 1983, oferece incentivos para o desenvolvimento de medicamentos para tratar doenças raras que afligem “menos de 200.000 pessoas nos EUA” ou “mais de 200.000 pessoas nos EUA, mas para as quais não existe uma expectativa razoável de que o custo do desenvolvimento e da disponibilização de um medicamento nos EUA para essa doença ou condição seja recuperado com as vendas desse medicamento nos EUA”. Esses incentivos incluem crédito fiscal para pesquisas clínicas e sete anos de exclusividade de mercado para um medicamento aprovado pela FDA. Cf. BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. “Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde”. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 174-175 e 189, jan./mar. 2016.

reconhecidas<sup>945</sup>. Os precedentes do STF e do STJ, que se referem especificamente à ANVISA, nessa perspectiva, podem ser objeto de distinção.

Assim, é possível que, por conta de disfunções burocráticas estatais, um fármaco ou tratamento não tenha sido registrado na ANVISA, mas tenha sua segurança e eficácia reconhecida por um desses órgãos congêneres estrangeiros ou outro organismo confiável. É possível, também, que o medicamento já esteja em via de registro junto à ANVISA. Nesses casos, advoga-se, nesta tese, que, quando o fornecimento de medicamento ou de tratamento for imprescindível para evitar um dano irreparável à saúde, ou proporcionar o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente, a medida judicial pode ser concedida. Em termos claros, havendo comprovação da respectiva eficiência, não fere o sistema, em princípio, a autorização para tratamento no exterior<sup>946</sup>.

Observe-se que há, no Brasil, a Política Nacional de Medicamentos<sup>947</sup>, por meio da qual, inclusive por orientação da OMS, elaboram-se listas de remédios a serem distribuídos aos necessitados, com destaque para o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, referente às medicações de alto custo ou excepcionais<sup>948</sup>. Essas listas, certamente, convergem para uma distribuição mais racional, equilibrada e universal de medicamentos, ou seja, essa listagem faz parte do planejamento governamental. Esses medicamentos, para serem incluídos nessas listas, pressupõem sério trabalho de investigação acerca dos problemas que mais acometem a população e, tendo como base a medicina fundada em evidências, das qualidades terapêuticas dos mesmos, como a segurança e a eficácia atestadas pela Anvisa. Nessa perspectiva, essas listas também sofrem revisão periódica, a fim de manterem-se atualizadas<sup>949</sup>. É preciso deixar claro, porém, que essas listas devem equilibrar a necessidade de planejamento administrativo com as exigências de saúde populacional correlacionadas à ideia de mínimo existencial. Nesse sentido, deve,

---

<sup>945</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 364, set. 2016.

<sup>946</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 253-258.

<sup>947</sup> Sobre as bases históricas que levaram à criação de uma política nacional de medicamentos no Brasil, Cf. PAULA, Patrícia Aparecida Baumgratz de Paula; ALVES, Terezinha Noemides Pires; VIEIRA, Rita de Cássia Padula Alves; SOUZA, Auta Iselina Stephan de. “Política de medicamentos: da universalidade de direitos aos limites da operacionalidade”. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1111-1125, 2009.

<sup>948</sup> A dispensação de medicamentos pelo SUS, atualmente, está dividida em três grandes blocos: a) componente básico da assistência farmacêutica; b) componente estratégico da assistência farmacêutica ou doenças de perfil endêmico (AIDS, hanseníase, tuberculose, malária, cólera, doença de chagas, meningite e afins); c) componente especializado da assistência farmacêutica.

<sup>949</sup> No caso da Rename, a lista de medicamentos essenciais editada pela União, o órgão executivo responsável é a Comare, Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, formada por cinco órgãos do Ministério da Saúde, oito outros órgãos especializados (Anvisa, Conass, Conasems etc.) e oito representantes das mais renomadas universidades brasileiras.

progressivamente, incluir medicamentos que também não sejam de alta incidência, os chamados “medicamentos excepcionais” ou “drogas-órfãs”<sup>950</sup>. Sendo assim, a análise das listas é essencial<sup>951</sup>, mas, para não haver equivocada negativa de prestação jurisdicional, não se trata de questão estritamente vinculante, pois é possível, desde que atendidas determinadas condições, deferir a medida postulada<sup>952, 953</sup>.

Pelo que se observa, portanto, a partir da já estudada noção de “bipolaridade objetiva do mínimo existencial” e dos demais critérios de racionalidade decisória, demonstrada, mesmo que por médico particular, a desatualização da lista como também a segurança e a eficácia do tratamento, ainda que não seja por intermédio de registro da ANVISA, é viável reconhecer o direito individual à oferta, pelo Estado, de remédio de alto custo não incluído na Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. Nesse caso, precisa-se comprovar a imprescindibilidade (adequação e necessidade) ou a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS.

É que, apesar de as políticas públicas terem o dever de levar, progressivamente, à distribuição universal e ao uso racional de medicamentos, nem sempre isso ocorre tempestivamente, omitindo-se, por exemplo, em relação aos medicamentos que não sejam de

---

<sup>950</sup> A adoção, pelo Brasil, de um direito constitucional à saúde, em 1988, foi acompanhada da criação do SUS, estendendo a cobertura de saúde a todos os cidadãos. Para melhorar o gerenciamento do sistema público de saúde, o Ministério da Saúde dividiu as responsabilidades de distribuição farmacêutica entre três níveis de governo, como parte de um processo mais amplo de descentralização. Enquanto o governo federal manteve parte de sua função central de financiamento da saúde pública (administrando programas voltados para doenças de alta prioridade que exigiam tratamentos de alto custo), as secretarias de saúde estaduais e municipais precisaram desenvolver novas estruturas para avaliar as necessidades de tratamento médico e administrar recursos financeiros federais e locais para a provisão de medicamentos. Por meio dessa infraestrutura, os cidadãos têm garantido seu acesso aos medicamentos especificados em listas elaboradas por administradores governamentais. Essas ações delegaram responsabilidades, mas não garantiram financiamentos sustentáveis e a capacidade técnica em instâncias locais. Os medicamentos muitas vezes estão em falta, e as listas de medicamentos novos e de alto custo não são frequentemente atualizadas. Dessa forma, é fácil perceber que, se o acesso a terapias da Aids era a prova de fogo do direito à saúde na década de 1990, agora é o acesso a terapias genéticas. Para uma análise de casos concretos nessa perspectiva, Cf. BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. “Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde”. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p.173-192, jan./mar. 2016.

<sup>951</sup> Impõe-se observar, portanto, a Portaria nº 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais).

<sup>952</sup> Impõe-se perceber que o conceito de “medicamento essencial” (Portaria MS nº 3.916/1998), à luz dos princípios constitucionais da universalidade, equidade e integralidade, prevê a necessidade de medicamentos não contemplados nas listas, desde que clínica e farmacologicamente justificável, para atender a condições patológicas e necessidades de saúde específicas não previstas. As listas oficiais, por isso, possuem cunho diretivo e não limitativo ou restritivo, ou seja, não podem constituir obstáculo para a realização de tratamento dos casos individuais legítimos, clínica e farmacologicamente justificados não contemplados nas listas. É preciso perceber que, por força da STA nº 175/2009, o STF estabeleceu que, para o fornecimento de medicamentos não padronizados, há necessidade de esgotamento das alternativas terapêuticas fornecidas pelo SUS, e garantiu, expressamente, o fornecimento dos fármacos regularmente prescritos e excluídos das listas públicas sempre que, no caso concreto, os padronizados não forem eficazes no controle da doença do paciente.

<sup>953</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 258-264.

alta incidência, o que demanda a excepcionalidade da atuação judicial. Nesse caso, repita-se, quando presentes os critérios de “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, não podem prevalecer, no processo, as objeções administrativas.

Pois bem, definida essa questão, ainda se impõe observar mais uma problemática relacionada à escassez de recursos. Diante desta, na existência de outra solução técnica em igualdade de eficácia, deve-se preferir a medida mais econômica. Se, por exemplo, existe um remédio genérico, deve-se optar por ele<sup>954</sup>. Não há, como já referido, o direito à opção por uma marca comercial específica, se a eficácia terapêutica é similar. Assim, deve-se observar que, na existência de soluções técnicas adequadas à questão social, o juiz deve optar pela que acarrete menor custo financeiro ao Estado<sup>955</sup>.

Há incidência, neste caso, do princípio republicano. É inegável que, como exigência de “virtude cívica” inerente ao princípio republicano<sup>956</sup>, deve-se requerer a prestação de contas por parte do beneficiário da tutela judicial outorgada, sob pena, inclusive, de cessação da eficácia de eventual liminar deferida e cobrança do valor não comprovado nos próprios autos. Observe-se, no particular, que eventual pedido de contracautela por parte da Administração Pública, teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde do autor da demanda individual, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso. Nesse sentido, o seu deferimento deve revestir-se de excepcionalidade.

Na realidade, estabelecidos esses parâmetros decisórios, entende-se, para finalizar este capítulo, que, em tese, não se deve dar provimento também a eventual pedido de suspensão de liminar formulado pela Fazenda Pública, pois, diante da racionalidade decisória, devem ser afastados os argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas. A decisão judicial, desse modo, encontra-se convergente com o sistema jurídico em seu conjunto. A suspensão deve ser concedida, quando se constatar, concretamente, que a responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos irá inviabilizar o sistema público de saúde, fato que, todavia, provavelmente não ocorrerá, se observados os parâmetros decisórios expostos neste capítulo.

---

<sup>954</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filehtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45. Observe-se que, em relação ao direito social à educação, o raciocínio deve ser similar, pois, se há vaga na rede pública de ensino, não se revela razoável a determinação de matrícula em escola privada.

<sup>955</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 534-535.

<sup>956</sup> AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18.

Definidos esses preceitos decisórios, impõe-se analisar se a tutela de urgência nas demandas por prestações de saúde pública ainda pode ser entendida como uma técnica excepcional de tutela de direitos, ou, contrariamente, se pode ser entendida como uma forma ordinária de concretização de direitos, diante da incidência do fator “tempo”. Refletir sobre essa questão, portanto, é o objeto do capítulo seguinte.

## CAPÍTULO 4: DOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA TUTELA SUMÁRIA DE DIREITOS AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA DE URGÊNCIA NAS DEMANDAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA

É pressuposto desta pesquisa a concepção de que a justiça procedimental é uma condição para a harmonia social<sup>957</sup>. Nessa perspectiva, partindo-se da premissa de que deve haver equilíbrio no diálogo entre a efetividade do processo e as garantias fundamentais do cidadão<sup>958</sup>, não se podem criar obstáculos procedimentais que impeçam uma adequada tutela dos direitos. Diante dessas premissas, pretende-se demonstrar, primeiramente, a partir de diversas reflexões surgidas a partir do CPC/2015<sup>959</sup>, que o direito à técnica antecipatória, inclusive fundada na urgência contra a Fazenda Pública<sup>960</sup>, faz parte das garantias fundamentais do cidadão correlacionada à tutela adequada e efetiva de seus direitos<sup>961</sup>. Em segundo lugar, pretende-se demonstrar que a estabilização da tutela antecipada, inovação do CPC/2015, também é uma técnica que permite a efetiva tutela do direito a prestações de saúde pública. Eis, resumidamente, os objetivos principais deste capítulo.

### 4.1 A TUTELA DE URGÊNCIA COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO CIDADÃO: DA LÓGICA LIBERAL-RACIONALISTA DE PROCESSO À TUTELA SUMÁRIA DE DIREITOS COMO FUNDAMENTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Como visto, uma das premissas deste estudo diz respeito à possibilidade de o juiz

<sup>957</sup> Nesse sentido, Cf. CADIET, Loïc. “A justiça civil francesa entre eficiência e garantias”. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. Tradutores Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: RT, 2017, p. 38-39.

<sup>958</sup> Por todos, Cf. JUNOY, Joan Pico i. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado”. *Proceso civil e ideología*. Juan Montero Aroca Coordinador. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 134-135.

<sup>959</sup> Algumas indagações apresentam-se pertinentes e oportunas sobre a tutela sumária de direitos no Brasil na perspectiva do CPC/2015. Por exemplo, a tutela de direitos é uma preocupação do Estado Constitucional? Em que medida o tempo, como construção social, reflete sobre o processo jurisdicional? Quais são os pressupostos de constitucionalidade e legitimação da tutela sumária de direitos? Em que medida os estudos de outras ordens jurídicas influenciaram o CPC/2015? Nesse tema, o novo código rompeu com o paradigma racionalista? Quais são as espécies de tutela sumária previstas no CPC/2015 e o que as diferencia? Pode-se dizer que o CPC/2015 adotou o chamado “direito substancial de cautela”? Quais são as hipóteses de aplicação da estabilização da tutela antecipada? O que justifica este instituto na ordem jurídica brasileira? Eis algumas das questões a que se pretende responder no capítulo 4.1 deste estudo.

<sup>960</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 415. No mesmo sentido, afirmando que as situações de perigo de dano a um determinado direito devem ser analisadas concretamente, mesmo quando a liminar é pleiteada em face da Fazenda Pública, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 137-140.

<sup>961</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. RT, 2017, p. 76-82 e 190-193.

decidir, nas demandas por prestações de saúde pública, em situações de “extrema urgência”, em que há impossibilidade de prévio diálogo interinstitucional<sup>962</sup>. É que o fator “tempo”, para a tutela de determinados direitos, a exemplo do direito a prestações de saúde, é um critério fundamental de condicionamento decisório. Nessa perspectiva, antes da análise das inovações do CPC/2015 relacionadas à tutela de urgência, revela-se oportuno refletir sobre a própria influência do tempo na disciplina das técnicas processuais compatíveis com a realidade do direito material.

#### 4.1.1 Influência do tempo sobre a adequada tutela de direitos por meio do processo

O “tempo” é um elemento necessário do ordenamento jurídico, pois, apesar de os textos normativos habitualmente nascerem com a intensão de permanência e perenidade, ele tem o seu começo e o seu fim, afinal, todo humano é perecível<sup>963</sup>. Na realidade, conforme preleciona Leonel Severo Rocha, há uma relação indissociável entre tempo, sociedade, Direito e processo<sup>964</sup>.

A questão do tempo, por ser contextual, está ligada à forma de sociedade, pois os seus valores são temporais, e essa constatação tem reflexos no processo de produção jurídica, que depende de comunicação por meio da linguagem. Em outros termos, não existem comunicação e tomada de decisão sem tempo. Demais disso, a produção de sentido, própria da normatividade do Direito, é uma produção historicamente temporal. É nessa perspectiva, portanto, que o tempo é uma instituição social criada e construída pela sociedade<sup>965</sup>.

---

<sup>962</sup> Pretende-se testar, a todo instante, a já referida tese de que, em casos complexos e estruturais, a exemplo dos que envolvem pleitos de prestações de saúde pública, a decisão e sua efetiva execução só deve ocorrer nas situações de extrema urgência — delimitadas neste estudo na expressão “bipolaridade objetiva do mínimo existencial” —, em que, pelo elevado grau de urgência no momento da concessão da medida, não é recomendável o prévio diálogo interinstitucional. Nesse caso, o sistema jurídico admite a possibilidade de estranhamento entre os poderes estatais, por conta da utilização das técnicas executivas. Estas, como será visto, nem sempre são compatíveis com a tutela imediata do direito à saúde. Por esse motivo, nos demais casos em que o atendimento do pleito seja razoável, deve-se procurar a solução de consenso, a fim de viabilizar a governabilidade e prestações de caráter universal.

<sup>963</sup> ROBLES, Gregório. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. Tradução de Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 40-41.

<sup>964</sup> ROCHA, Leonel Severo. “Tempo”. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barretto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 800-804.

<sup>965</sup> Nesse sentido, Cf. OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999, p. 9. Observe-se que o Direito tem a sua existência vinculada ao tempo, que, por sua vez, é controlado por aquele. Para François Ost, são quatro momentos a que o Direito está vinculado na sua tarefa de regulação jurídica do tempo social: a) “memória”, pois não existe Direito sem passado ou tradição; b) “perdão”, o que não quer dizer simplesmente esquecer, mas selecionar o que se vai esquecer; c) “promessa”, que é a tentativa de ligar o Direito e a sociedade do futuro. Trata-se da tentativa de construção do futuro, rompendo-se com a tradição de uma maneira sofisticada; d) “questionamento”, que não significa o rompimento das promessas nem o rompimento completo com a memória, mas, diferentemente, a capacidade de ligar o tempo e o Direito com a

Nessa perspectiva, como os valores sociais são efêmeros, pode-se dizer que, mesmo no campo processual, não há cultura eternamente constante, razão pela qual determinadas pressões por modificações devem ser recepcionadas, e não controladas<sup>966</sup>. É que o Direito, por ser uma manifestação cultural, não pode ser algo imutável e eterno, constatação que, certamente, tem reflexos no processo, que se movimenta e se modifica ao sabor das experiências humanas<sup>967</sup>.

Ao contrário do que ingenuamente se pretendeu no passado, o processo não pode ser visto como um mero instrumento técnico, como algo desconectado dos valores culturais<sup>968</sup>. Na realidade, a questão do tempo, quanto ao processo judicial, revela-se tormentosa, tal como a própria ideia de justiça. Pelo menos em sentido amplo, pode-se dizer que a justiça de uma decisão apresenta-se na perspectiva material e formal, e é neste aspecto, o formal, que se coloca a questão da incidência do fator temporal sobre o processo. Não podem ser justas decisões que, por um lado, são frutos de açodamento e carência de reflexão racional, ou, por outro, decorrem de demora excessiva, capaz de comprometer a fruição do direito reivindicado<sup>969</sup>.

A dificuldade está em alcançar, legislativa e judicialmente, o almejável equilíbrio entre a eficiência na prestação jurisdicional e as garantias decorrentes da segurança jurídica<sup>970</sup>, princípios que compõem a cláusula do devido processo legal. A celeridade e a segurança são forças aparentemente antagônicas que têm de conviver, para que sejam tuteláveis todas as crises de direito material as quais resultam da complexidade e do dinamismo da sociedade moderna. O importante é ter-se a consciência de que a jurisdição democrática e cidadã não se pauta apenas pelo valor celeridade (justiça quantitativa), mas também pela responsabilidade social (justiça qualitativa) inerente a uma prestação jurisdicional voltada efetivamente à tutela

---

memória, com o perdão e com a promessa. Cf. OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999, p. 201-202. O Direito contemporâneo tem que procurar manter esses quatro aspectos, inserindo-os em uma velocidade maior, como hoje exige a globalização, e, nesse contexto, a sua função básica é a de criar institutos, institucionalizar determinados valores, mas com a “consciência” de que, em pouco tempo, esses valores venham a se modificar, por serem efêmeros. Nesse sentido, Cf. ROCHA, Leonel Severo. “Tempo”. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barretto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 803.

<sup>966</sup> CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 173.

<sup>967</sup> JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 70-74.

<sup>968</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 21-22.

<sup>969</sup> NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014, p. 29-30.

<sup>970</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, p. 66.

dos direitos da parte que efetivamente tem razão<sup>971</sup>.

É certo, todavia, que, na perspectiva da obtenção da tutela jurisdicional, o transcurso do tempo pode ser nocivo<sup>972</sup>, caracterizando-se como um inimigo que se deve combater, por ser um fator de corrosão dos direitos<sup>973</sup>. Ora, se a ideia de um “procedimento adequado ao direito material” também é um componente indissociável, para se alcançar uma decisão justa<sup>974</sup>, é certo também que, na essência deste procedimento, devem-se estabelecer técnicas processuais aptas a proteger o direito dos efeitos deletérios do tempo.

Revela-se importante, todavia, diferenciar o “tempo fisiológico”, normal e necessário para o desenvolvimento de um determinado processo, do “tempo patológico”, relacionado à perda de tempo sem a produção de qualquer ato útil à prestação da tutela jurisdicional<sup>975</sup>. Nesse universo, impõe-se perceber que, para a jurisdição convergir integralmente para os seus valores constitucionais, só haverá uma adequada distribuição do ônus do tempo no processo, quando se perceber que a técnica processual somente tem sentido na perspectiva da “tutela dos direitos”. É nesse contexto que se apresenta a chamada “tutela provisória”, fundada em cognição sumária, como alternativa para neutralizar os efeitos destrutivos do tempo sobre os resultados da atividade processual.

No Brasil, reclama-se da demora na prestação jurisdicional, com causas<sup>976</sup> e

---

<sup>971</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 43.

<sup>972</sup> Defendendo, no plano do direito material, a responsabilização pela perda do tempo útil, com definição das características dessa espécie de responsabilidade civil e a qualificação do tempo como “ativo indenizável” — enquanto dever de reparação distinto e independente do dever de indenizar lucros cessantes ou dano moral —, Cf. SILVA NETO, Orlando Celso da. “Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável?”. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, RT, ano 2, n. 4, p. 139-162, jul./set. 2015.

<sup>973</sup> Cândido Rangel Dinamarco, corretamente, aponta três hipóteses em que isso ocorre. Na primeira delas, o processo chega ao fim, com uma sentença de mérito favorável à parte, mas “o mal temido já está consumado e nada mais se pode fazer”. No segundo caso, a tutela jurisdicional é concretizada após “uma espera além do razoável e muito sofrimento e privações impostas ao titular de direitos”. Finalmente, o terceiro grupo de casos, em que o processo “deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição” (falecimento de testemunha essencial, desaparecimento do único bem penhorável etc.). Em todas essas três hipóteses, certamente, o princípio da efetividade do processo restará comprometido. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: RT, 2007, p. 65-67.

<sup>974</sup> Nesse sentido, Cf. TARUFFO, Michele. “Idee per una teoria della decisione giusta”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LI, n. 1, p. 319, mar. 1997.

<sup>975</sup> PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napole: Jovene, 1999, p. 631-633.

<sup>976</sup> Indaga-se, doutrinariamente, a respeito das causas da intempestividade do processo no Brasil. De uma maneira geral, apontam-se a burocracia cartorária, a qualidade do ensino jurídico, o comportamento das partes e de seus procuradores durante a instrução processual, o vasto e complexo sistema recursal, a falta de servidores e juízes para o número de habitantes, a cultura da transgressão e o aumento da litigiosidade pela consciência dos direitos de cidadania (educação para direitos humanos), tudo isso sem falar na própria estrutura morosa do Poder Judiciário. Nesse sentido, Cf. JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 122-132.

consequências<sup>977</sup> sociais graves, inclusive de ordem cultural<sup>978</sup>, mas essa questão da intempestividade do processo é um tema global<sup>979</sup>. Observa-se, todavia, que o grande inimigo do processo não é o tempo em si, mas a relação existente entre o seu tempo e o tempo do direito material que se busca efetivar<sup>980</sup>. O processo pode ser, na sua essência, moroso — o de usucapião, por exemplo —, pelas inúmeras diligências que devem ser realizadas, para que ele se torne efetivo, sem com isso adentrar no conceito de intempestividade. Fisiológica e estruturalmente, é o seu tempo. Por outro lado, o processo pode se mostrar altamente lento, mas nem por isso pode ser considerado intempestivo, ao passo que, contrariamente, pode ele ter sido considerado intempestivo, sem nunca ter sido moroso<sup>981</sup>. O que se deseja, pois, é que

<sup>977</sup> As consequências da intempestividade do processo são extremamente danosas para o convívio social, pois geram a sensação de impunidade, a desconfiança — inclusive de investidores — e o descrédito do jurisdicionado no Poder Judiciário, a insegurança jurídica, a violação ao princípio da economia processual e o desgaste psicológico das partes. Em alguns casos, o resultado do processo é fundamental, para que a parte siga adiante com a sua vida. Demais disso, como muitos casos dependem da preservação da memória acerca dos fatos, a morosidade judicial sistêmica gera um risco que pode comprometer a elaboração de uma decisão justa. Cf. JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 133-136; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 41-43.

<sup>978</sup> Observe-se que a própria morosidade processual, decorrente de uma cultura da procrastinação, retroalimenta o sistema, sendo ela mesma um dos fatores da inflação de processos judiciais, pois estimula o mau pagador, o descumpridor dos direitos, o protelador e, genericamente, o litigante habitual, praticamente um profissional do litígio. Cf. TAVARES, André Ramos. “Um novo olhar sobre o sistema de justiça para o Brasil”. *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Estudos em homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Claudio Lembo, Mônica Herman Caggiano e Manoel Carlos de Almeida Neto coordenadores. São Paulo: RT, 2015, p. 44 e 56. Nessa perspectiva, há quem defenda que o Poder Judiciário, para não fomentar o excesso desarrazoado de demandas, deveria exercer a função de “controladoria da cultura da litigiosidade”, inclusive pelo fato de que o direito de acesso aos tribunais, como “direito de retaguarda”, tem o seu exercício legítimo antecedido por uma série de filtros. Nesse sentido, Cf. SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de solução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, p. 21. Observe-se que o próprio Poder Judiciário, se não quiser ser ele mesmo fonte de agravamento de desigualdades e injustiças sociais, deslegitimando-o perante a sociedade, deve combater a cultura da litigiosidade e a morosidade. Sendo assim, é preciso que o aparato judiciário esteja dotado dos recursos adequados e que as partes tomem consciência de seus deveres éticos na cena processual, sendo relevante, até mesmo essencial, a previsão legislativa de um adequado sistema de sanções, para aplicação educativa em reprimenda às práticas protelatórias. É que a questão da morosidade judicial não é de produtividade, já próxima do esgotamento, mas sim de combater, por intermédio do processo, a cultura da litigiosidade excessiva e de promover a atuação pedagógica da sociedade. Cf. TAVARES, André Ramos. “Um novo olhar sobre o sistema de justiça para o Brasil”. *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Estudos em homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Claudio Lembo, Mônica Herman Caggiano e Manoel Carlos de Almeida Neto coordenadores. São Paulo: RT, 2015, p. 41-60.

<sup>979</sup> A Itália, para citar um exemplo, foi condenada algumas vezes pela Corte Europeia de Direitos Humanos a pagar indenizações pela demora exagerada na prestação jurisdicional, fato que resultou, posteriormente, na promulgação da famosa *Legge Pinto* (Lei n° 89/2001), que, expressamente, possibilita a condenação estatal pelo mesmo motivo.

<sup>980</sup> DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. “Processo modular: o resgate da verossimilhança como instrumento de reforma processual”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 168.

<sup>981</sup> A doutrina não tem prestigiado a tese de que o processo deve ter um termo certo para acabar. Sem prejuízo de se consagrar a responsabilidade civil do Estado por demora na prestação jurisdicional, tal como ocorre na Itália, é possível ventilar soluções para o combate à intempestividade processual no Brasil. Precisa-se estar, inicialmente, propenso a mudanças. O aperfeiçoamento no processo de seleção e formação dos juízes também é

a prestação jurisdicional proteja o direito material tempestivamente<sup>982</sup>.

É nesse contexto, repita-se, que surge a tutela sumária de direitos, a qual normalmente se utiliza da técnica antecipatória. O importante, na perspectiva de quem pede a prestação jurisdicional, é que o direito seja protegido tempestivamente. Nessa linha de raciocínio, a antecipação de tutela satisfativa de direitos, por exemplo, apresenta-se como uma técnica processual que não garante um tempo razoável de terminação do processo, mas pode garantir que o direito da parte não pereça pela intempestividade na prestação jurisdicional — sendo, pois, uma forte arma contra o perecimento do direito, refletindo, assim, indiretamente, no fator temporal do processo —, porque antecipa a “eficácia social da sentença”<sup>983</sup>, que poderia vir muito a posterior. Observe-se que, funcionalmente, dependendo sempre do interesse da parte requerente, essa técnica processual serve, para proteger a satisfação ou a simples assecuração dos direitos. A técnica antecipatória, enfim, pode ter natureza satisfativa ou cautelar<sup>984</sup> e tem por função distribuir, de forma isonômica, o ônus do tempo no processo, tutelando integralmente o direito do requerente, mesmo que o provimento não tenha aptidão para transitar em julgado<sup>985</sup>.

O desenvolvimento dessa ideia, entretanto, pressupõe algumas linhas sobre a formação da lógica liberal e racionalista de processo e também do rompimento com ela, mediante a conscientização da forma de tutela de direitos no Estado Constitucional e a delimitação dos critérios de legitimidade da tutela sumária de direitos, conforme se observará adiante. Antes, porém, impõe-se notar o processo histórico de surgimento do paradigma racionalista, para permitir a formação de uma cultura adequada à forma de tutela de direitos na atualidade.

#### **4.1.2 Da necessária superação do paradigma liberal de processo rumo à tutela sumária de direitos**

---

um elemento essencial, pois um juiz mal preparado irá apenas fomentar a crise do Judiciário. Deve-se procurar melhorar a técnica legislativa, sem recair na denominada “inflação legislativa”. Em outra perspectiva, deve haver um compromisso de harmonia entre os tribunais, pelo menos no que diz respeito às questões estritamente de direito. Outro aspecto relevante diz respeito ao estímulo e aperfeiçoamento aos meios alternativos à jurisdição estatal de solução de conflitos e às ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. Cf. JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 136-155 e 155-160.

<sup>982</sup> JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 116-122.

<sup>983</sup> Nesse sentido, por todos, Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48-50.

<sup>984</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional (Brasil)”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 219, mai. 2013, p. 332.

<sup>985</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 65-76.

A história<sup>986</sup> do direito processual demonstra que o aumento do formalismo é inversamente proporcional ao aumento dos poderes judiciais, não somente na condução do processo, ou seja, no desenvolvimento procedimental, mas também no momento da decisão. Em determinados estágios, exige-se o exaurimento das fases previstas na legislação, para se poder decidir e, além disso, executar o provimento. Em outros, porém, com a diminuição da ritualística ou, dependendo do momento histórico, da legalidade formal, admite-se a concessão de tutela jurisdicional por simples juízos cognitivos de verossimilhança.

O interessante é observar que a evolução do processo civil não ocorreu linearmente, como se determinadas ideias nunca retornassem ao pensamento dominante. Pelo contrário, observa-se que, embora em intensidades diferentes, o formalismo das origens dos estudos do direito processual retornou ao paradigma da modernidade — o modelo processual clássico —, que insiste em permanecer na cultura processual brasileira. Neste momento, pretende-se refletir sobre essas questões, para, em seguida, demonstrar que, atualmente, a tutela sumária de direitos não pode ser vista como algo absolutamente excepcional.

O processo, como fato social, é um fenômeno histórico-cultural, que se manifesta por intermédio de ritos e formas exteriores normalmente decorrentes de costumes e símbolos, e, nessa perspectiva de manifestação humana, é natural que a função do processo varie conforme a mentalidade de determinada época, ou seja, de acordo com a cultura dominante<sup>987</sup>. Na realidade, como dito, o desenvolvimento do processo, tal como ocorre com a história da humanidade, não é linear. Avanços e retrocessos, por conta de aspectos culturais, muitas vezes se sucedem na mesma localidade<sup>988</sup>. Quanto à tutela dos direitos, não é diferente.

---

<sup>986</sup> O avanço e o aprofundamento do Direito Processual pressupõem, nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, “o estudo de sua história, o conhecimento de suas fontes, para a investigação da origem e finalidade dos seus respectivos institutos”. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013, p. 23. Deve-se abandonar, portanto, a falsa ideia de que o passado jurídico não tem algo que possa ensinar ao presente; pelo contrário, apesar de analisar contextos distintos, a História do Direito, aproximando o saber jurídico das inovações ocorridas nas outras ciências sociais, tem a função de explicar e problematizar criticamente as rupturas e transformações que ocorrem na contemporaneidade. Nesse sentido, Cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 3ª Reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 17-24. A respeito do relevante papel do historiador no desenvolvimento da cidadania, Cf. HESPANHA, Antônio Manuel. *Caleidoscópio do antigo regime*. São Paulo: Alameda, 2012, p. 81-83.

<sup>987</sup> Em determinados períodos, por exemplo, por forte influência da religião, o processo assume um caráter eminentemente formalista e simbólico, tendo as palavras, muitas vezes, valor quase mágico, como ocorreu no processo romano das *legis actiones* e no processo germânico medieval. Em outras situações, como nos regimes totalitários, a força do regime, manifestada pela predominância absoluta da vontade de um indivíduo sobre o grupo, ou pelo preconceito político em favor de determinada parcela do grupo, elimina as garantias decorrentes das formas processuais. Nesse sentido, Cf. LACERDA, Galeno. “Processo e cultura”. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, ano II, v. 3, p. 74-82, jan./jun. 1961.

<sup>988</sup> Observa-se que as tradições da *Common Law* procuram prestigiar os precedentes jurisprudenciais como fontes primárias do Direito, enquanto as da *Civil Law*, a legislação, inclusive com códigos processuais. Sabe-se

Compreender o desenvolvimento do processo, não obstante essa ausência de linearidade, é relevante, pois as bases culturais prolongam-se no tempo, influenciando a sociedade. Nessa perspectiva, para bem entender o atual momento, desvela-se interessante e até mesmo necessário avaliar a evolução do processo civil romano e medieval, a fim de assimilar a formação do paradigma da modernidade (processo liberal), que ainda hoje influencia o processo civil brasileiro, fato que, não raramente, impede que o processo seja um efetivo instrumento de tutela de direitos na atualidade.

Majoritariamente, nas fases do Direito Romano, o conceito de jurisdição era entendido como mera “declaração de direito”. A atividade executiva, nos primórdios do Direito Romano, não era uma atividade estatal, e, ademais disso, o comando imposto pelo pretor, no caso dos interditos, era condicionado, pois se tratava de direito ainda não acertado. A função jurisdicional, fora a natural declaração de que o direito contestado pertencia a uma das partes, consistia, apenas, em eventuais auxílio e proteção posteriores que o magistrado haveria de prestar aos atos de justiça privada ou, na fase histórica seguinte, aos interditos concedidos pelo pretor<sup>989</sup>.

Observa-se, de todo modo, que a evolução das três fases do processo civil romano<sup>990</sup> — processo da *legis actiones*<sup>991</sup>, processo formular<sup>992</sup> e processo extraordinário<sup>993</sup> —

---

que, atualmente, há consenso no sentido de que a distinção entre sistemas da *Civil Law* e da *Common Law* tem caráter meramente relativo, pois, mesmo entre os países da mesma família jurídica, inclusive no âmbito interno de alguns deles, há diferenças substanciais. Especialmente por força da globalização, verifica-se uma constante aproximação entre esses dois sistemas jurídicos. O interesse na distinção entre eles persiste, todavia, como “diferenciação de tendências”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo”. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

<sup>989</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1998, p. 10 e 64.

<sup>990</sup> Embora com certas variações doutrinárias, divide-se, genericamente, a história do processo civil romano em dois períodos ou fases: a) os sistemas de “*iudicia privata*”, a primeira forma processual, abrangendo as épocas pré-clássica e clássica; b) o sistema *cognitio extraordinem*, surgido no principado, o qual se desenvolveu gradualmente e termina por suplantá-lo, na época pós-clássica, o sistema anterior. Na primeira fase (*iudicia privata*), a administração da justiça ainda não era privilégio do Estado, que se limita a excluir a arcaica justiça privada, disciplinando a defesa do direito, que mantém substancialmente um caráter privado. Para o Estado romano, interessa nomeadamente que os cidadãos submetam os seus litígios ao conhecimento do magistrado (tribunal), que se limita a declarar (*ius dicere*) se o demandante tem direito e a ordenar a um *iudex privatus*, escolhido pelas partes ou nomeado pelo pretor, que aprecie as provas e dite a sentença, condenando ou absolvendo o demandado. Esse sistema é conhecido como *ordo iudiciorum privatorum*, compreendendo os processos das *legis actiones* e *per formulam*. Quanto ao sistema *cognitio extraordinem*, a administração da justiça passa a ser uma função própria e exclusiva do Estado, cabendo às partes, apenas, a iniciativa da instauração processual, para alcançarem a proteção de seus direitos.

<sup>991</sup> O processo das *legis actiones*, a fase mais primitiva do processo civil romano, foi a primeira forma de direção e controle da justiça privada pela autoridade estatal. Existiu até 126 a. C., com o advento da *Lex Aebutia*. A fonte dessas informações, segundo a doutrina majoritária, são as Institutas de Gaio. Era o processo correspondente ao *ius civile* antigo, essencialmente formalista, oral e, apenas, pertinente aos cidadãos romanos. Nesse sistema, com a prolação da sentença, formava-se a coisa julgada, cabendo à parte vencedora, e não ao Estado, a respectiva execução do julgado.

<sup>992</sup> Com o abandono do sistema anterior, surge um novo modelo de dirimir os conflitos, o processo formular (*agire per formulas*), cuja origem se vincula ao pretor peregrino (242 a. C.), a partir da *Lex Aebutia*. Toma vulto,

permitiu, ao final, que a tutela dos direitos se firmasse por intermédio dos interditos. Era possível, assim, que a tutela dos direitos ocorresse por juízos de cognição sumária. O advento da Idade Média, todavia, caracterizou-se, dentre outros aspectos, pela dispersão da autoridade e pela junção de culturas<sup>994</sup>. Assim, o direito comum medieval surgiu do encontro do direito germânico primitivo com o direito romano e o direito canônico<sup>995</sup>. Desse conjunto de novas ideias, por exemplo, surgiram as bases da teoria da sentença condenatória como pressuposto da execução<sup>996</sup>. O direito medieval, nesse sentido, resultou da junção de culturas

---

nessa fase, a figura do pretor, que poderia utilizar a equidade para a materialização da justiça, sendo, dessa forma, um procedimento diverso dos processos antigos, que se fundavam em formalismo demasiadamente excessivo. No processo formular, que passou a ser comum a romanos e não romanos, foram mantidas as duas fases de instância: a) *in iure*, perante o magistrado; b) *in iudicio*, perante o juiz escolhido, conforme estabelecido pela *Ordo Judiciorum Privatorum*. O Estado passou a intervir diretamente nas ações por intermédio do pretor, que mantinha vigilância sobre a atividade das partes. Por exemplo, foi abolida a antiga violência do autor sobre o réu, para que este comparecesse a juízo. Nessa fase, o ônus da prova cabia ao autor, e as partes podiam ser assistidas por advogados. Perante o magistrado, o procedimento desenvolvia-se, resumidamente, da seguinte forma: a) citação do réu pelo autor; b) confissão, revelia ou litiscontestação. Observe-se que a ausência de uma das partes perante o magistrado caracterizava o instituto da revelia. Caso fosse o demandante, o juiz poderia absolver o demandado. A litiscontestação consistia no acordo das partes em submeter a controvérsia, nos termos da fórmula, ao julgamento de um terceiro. Já perante o *Iudex*, o procedimento desenvolvia-se normalmente perante um juiz privado, designado pela convenção dos litigantes, o qual poderia ser assistido por pessoas da sua confiança, geralmente com formação jurídica. Após o procedimento e os debates dos advogados, proferia-se a decisão, que, pondo fim ao processo, formava coisa julgada, inclusive com presunção de verdade. A fase de execução, que tinha natureza meramente privada nesse período, ocorria perante o pretor, normalmente pelo processo interdital. Nessa perspectiva, prelecionam José Rogerio Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, “concedido o interdito, duas hipóteses emergiam: ou a ordem era respeitada, pondo fim à controvérsia; ou a parte interessada podia provocar a instauração de um procedimento pela via ordinária”. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história de processo civil romano*. 1. ed. 2ª tir. São Paulo: RT, 2001, p. 114.

<sup>993</sup> Para se chegar ao processo extraordinário, percebe-se que o sistema processual de base privada tornou-se anacrônico diante do progresso determinado pelo desenvolvimento do direito público, que passa a considerar o imperador como único legislador e único juiz. Embora o pretor siga o sistema formular e o Édito Perpétuo, surgem novos institutos que reconhecem a legislação imperial, não introduzindo novas fórmulas, mas devolvendo a *cognitio* ao príncipe e aos demais magistrados. É o processo extraordinário surgido durante o principado, a administração da justiça tornando-se definitivamente uma função estatal, enfim, é a justiça pública. Nessa fase, os magistrados não são mais indicados pelas partes, são funcionários especializados e organizados hierarquicamente. Ademais, não mais julgam de acordo com instruções ou fórmulas, mas segundo a lei de onde promana sua autoridade e esfera própria de competência. Deixaram de existir, nesse contexto, as fases *in iure* e *in iudicio*, o que materializa certa celeridade processual. O processo, agora, corre diante de um funcionário que representa o Estado na aplicação do direito e da justiça, possibilitando, assim, que a sentença seja executada *manu militari*, recaindo, normalmente, sobre os bens do executado.

<sup>994</sup> Na Idade Média, havia dispersão do poder, com a autoridade central enfraquecida. Assim, as atividades legislativas, administrativas e judicantes eram disputadas entre os reis, a Igreja, os senhores feudais e as corporações de ofício, com ampla difusão de ideias entre adeptos do Cristianismo, os bárbaros e os partícipes do feudalismo. As fontes do poder, por exemplo, poderiam ser a religião ou a propriedade privada. Essa difusão do poder era causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, sendo natural que, com o passar do tempo, acarretasse uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, propiciando, assim, o surgimento do Estado Moderno. Nesse sentido, Cf. SUNDFELD, Carlos Ary. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33.

<sup>995</sup> Acerca do tema, Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. “Romanesimo e germanesimo nel processo civile”. *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*. Vol. 1. Roma: Foro Italiano, 1931, p. 181-225.

<sup>996</sup> Conforme esclarece Ovídio A. Baptista da Silva, os elementos de origem germânica, que permitiram, em um determinado momento de sua história, a construção das tutelas *executiva e mandamental*, foram logo suplantadas, basicamente, pelos princípios do direito canônico. O espírito cristão, na realidade, silenciosamente, já influenciou os valores do último período romano, inclusive com perspectivas culturais até mesmo antagônicas

diversificadas, em estágios evolutivos distintos, para produzir, ao final, resultados insatisfatórios, inclusive por fomentar demasiadamente o apego ao formalismo processual<sup>997</sup>.

O direito comum medieval, nessa perspectiva, abriu o caminho para a formação do individualismo, o apego exagerado à forma e à segurança jurídica e outros valores que imperaram no paradigma processual da modernidade, incompatível com a tutela dos direitos contemporânea<sup>998</sup>, embora ainda presente na cultura jurídica pátria. Racionalidade, rigor formal, exagerada contenção judicial, inclusive no processo decisório, e absentéismo estatal são características que ainda hoje dificultam a implantação da ideia de tutela sumária de direitos e do modelo participativo de processo<sup>999</sup>.

---

em relação ao período clássico. Os textos normativos permaneciam os mesmos, mas orientados, agora, por outra luz. Essa situação contribuiu para a universalização da ação condenatória, entendida apenas como um meio de preparar a execução, e para a supressão das ações executivas do direito germânico medieval. É que o espírito de equidade passou a tomar conta do processo, influenciando outros valores cristãos fundamentais (caridade, clemência, piedade etc.), orientando-se sempre no sentido de proteger o devedor. A Idade Média, assim, legou um Direito Romano plasmado segundo os princípios e a moral da Igreja, e, nesse cenário, certamente, não havia espaço para os interditos e as ações executivas e mandamentais, ambas sufocadas pela tutela meramente condenatória. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1998, p. 59 e 91-101.

<sup>997</sup> Embora se tivesse a ideia de que haveria fortalecimento das garantias individuais, é certo que houve um pernicioso aumento do formalismo processual. Ademais, não se compreendeu corretamente a noção romana de *res judicata*, estendendo-a a qualquer decisão interlocutória, o que ensejou uma multiplicidade exagerada de recursos, de modo que, por haver uma pluralidade de instâncias, a dilatação processual, inspirada no processo canônico, estendia-se além da vida humana. Em outra perspectiva, qualquer infração formal implicava o reconhecimento de nulidade, mesmo depois de o processo ter se iniciado há muito tempo. Todo esse quadro demonstra que o processo, nessa época, passou a ser um fim em si, desconectado do direito material, sem satisfazê-lo concretamente. Alguns processos, inclusive, dificilmente chegavam a termo, o que demonstra que o fim social da rápida solução de litígios jamais era atingido. Essa mentalidade, certamente, influenciou a formação dos parâmetros processuais da modernidade, contribuindo, inclusive, para uma falsa noção do papel da forma no processo, como um fim em si, e para o individualismo processual, tão marcante na cultura jurídica brasileira. Nesse sentido, Cf. LACERDA, Galeno. “Processo e cultura”. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, ano II, v. 3, p. 83-86, jan./jun. 1961.

<sup>998</sup> Revela-se adequada, por exemplo, a preocupação de Ovídio A. Baptista da Silva no sentido de que o sistema processual pátrio da atualidade deve romper com essa tradição romano-germânica, possibilitando a criação de mecanismos processuais que prestem satisfatividade final e definitiva a determinados direitos materiais, sem a irracional exigência de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do processo autônomo de execução. O procedimento processual, caso se pretenda instituí-lo em bases racionais, não pode ser o mesmo para o titular do domínio que busca “recuperar o que lhe pertence” e para o credor que receberá o pagamento “com bens que não lhe pertencem”, e que, ademais disso, encontram-se na posse legítima do devedor, depois da sentença. Em outros termos, não se pode generalizar o procedimento das ações condenatórias, para incluir tanto as questões de direito de propriedade quanto de direito obrigacional, pois, do contrário, equivocadamente, reduz-se todo o direito material a uma relação obrigacional de crédito-débito. A atividade executiva, nesse contexto, faz parte e é da essência da atividade jurisdicional, devendo o legislador, no momento de estabelecer as suas diretrizes procedimentais, analisar as peculiaridades do direito material, inclusive quanto à notória diferença entre “domínio” e “obrigação”. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1998, p. 10-11 e 48-57.

<sup>999</sup> Das superposições e contradições entre o processo civil romano em relação aos elementos germânicos de pacificação social e canônicos, especialmente, neste caso, relacionados às ideias de racionalidade e autoridade, influenciou o surgimento da codificação francesa de Luís XIV, cujas ideias foram utilizadas para limitar a atuação judicial. Cf. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. – 2. ed. rev., ampl. e alter. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 62. É que, no processo civil clássico dos séculos XVIII e XIX, a principal finalidade das ações estatais era garantir a liberdade dos cidadãos. Por influência dos valores do liberalismo jurídico, o Estado, de uma

Trazendo essas ideias para o universo processual, observa-se que a consciência jurídica estava ajustada para a consagração do paradigma da *ordinariedade procedimental*, e o módulo processual de conhecimento era concebido como o palco da verificação da verdade dos fatos e da declaração da vontade concreta da lei, nulificando qualquer poder judicial que mereça destaque, inclusive quanto à possibilidade de efetivar a tutela específica de direitos<sup>1000</sup>. Essas ideias, repita-se, já não correspondem ao modelo de processo que se espera, para tutelar direitos na atualidade.

#### 4.1.3 Da lógica liberal-racionalista de processo à tutela de direitos como fundamento do Estado Constitucional

É que a premissa metodológica de qualquer pesquisa em Direito Processual legítima que a efetiva tutela dos direitos constitui fundamento do Estado Constitucional<sup>1001</sup>. Também

---

maneira geral, era visto como inimigo dos cidadãos, inclusive a concepção que se tinha acerca de direitos fundamentais era vinculada à ideia de abstenção do Estado quanto à esfera jurídica dos cidadãos. Havia uma rígida separação das funções estatais, e a lei tratava todos da mesma forma, ou seja, independentemente da posição social do sujeito, o que demonstra que a isonomia protegida, nesse paradigma, é meramente abstrata e formal. A preocupação do Estado não era tutelar os menos favorecidos e promover políticas públicas, mas sim assegurar o bom funcionamento do mercado, interferindo o menos possível na esfera individual dos cidadãos. Por essa razão, a segurança psicológica destes devia estar na certeza de que o conteúdo das decisões judiciais não extrapolaria os limites do texto legal, no sentido de que a liberdade política restaria assegurada pela inexistência de diferenças substanciais entre uma decisão judicial e uma lei. Quanto à interpretação, imperava a Escola da Exegese, no sentido de que o juiz deveria apenas pronunciar as palavras da lei, sem qualquer atividade criativa. Acreditava-se que a ação judicial deveria limitar-se a atos cognitivos de inteligência restritos à descrição do significado do texto legal, o que significar dizer, nesse contexto, que a norma jurídica era preexistente ao processo interpretativo. Nesse sentido, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 25-27.

<sup>1000</sup> Nesse sentido, uma sentença que mais declara do que possibilita a transformação da realidade refletia a ideologia liberal de tutelar a vontade humana e a liberdade, não havendo ambiente, inclusive, para a coercibilidade das obrigações. Nesse caso, resta evidente que a tutela específica era impraticável, sobressaindo-se a tutela reparatória, mediante a imperativa conversão das obrigações em perdas e danos, como dogmatizou o art. 1.142 do *Code de Napoléon*, apesar de o desenvolvimento jurisprudencial sobre o instituto das *astreintes*, paradoxalmente, direcionar-se em sentido contrário. Por tudo isso, pode-se dizer que se caminhou para a consagração da sentença condenatória, que é incapaz de prestar tutela jurisdicional de forma imediata, pois, por tradicionalmente ser vinculada ao princípio da tipicidade dos meios executivos, não abre margem à criatividade judicial em relação à adaptação do cumprimento de sentença às necessidades do direito material. Em outros termos, o pensamento dominante no paradigma da modernidade era de desconfiança geral em relação ao juiz, de modo que uma interpretação rígida dos princípios da ampla defesa e do contraditório impediu a possibilidade de tutela de direitos por intermédio de simples juízos de verossimilhança, ou seja, o processo civil liberal clássico consagrou, de um lado, o dogma do rito ordinário como instrumento da verdade, e, de outro, a regra da *nulla executio sine titulo*, o que fez com que qualquer execução de título com eficácia executiva provisória fosse vista como algo absolutamente “anormal” e indesejável. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 28-33.

<sup>1001</sup> Conforme preleciona Daniel Mitidiero, o Estado Constitucional funda-se a partir dos ideais do Estado de Direito, que pressupõe o império do Direito e se encontra alicerçado na igualdade, na segurança e na confiança, e do Estado Democrático, que tem por base a liberdade e a participação. Cf. MITIDIERO, Daniel. “Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 86-87, set. 2011. Não é novidade, atualmente, que a tutela dos direitos — seja na perspectiva das partes do processo, seja na perspectiva da sociedade, nesta última hipótese com a força

importa perceber, todavia, que há correlação entre a forma como se concretiza a jurisdição por intermédio do processo e a ideologia dominante, acarretando, por desconexão àquela premissa, reflexos negativos exatamente aos que mais precisam da tutela jurisdicional. Nesse sentido, “parte do pensamento jurídico contemporâneo insiste na dogmatização do Direito, em uma forma latente de inércia que registra uma pretensão declarada: a manutenção do *status quo*”<sup>1002</sup>.

Com efeito, e isto ainda ocorre nos dias atuais, pretende-se eternizar categorias e conceitos, no intuito de manter as coisas como estão, em benefício de uma parte privilegiada da sociedade. Um dos exemplos desse fato é o que diz respeito à tutela dos direitos apenas após a obtenção da segurança jurídica, com a formação da coisa julgada material. Em outros termos, determinada linha de pensamento jurídico, sem muitas vezes apresentar as reais causas e, principalmente, os fins de seus pressupostos teóricos, prende-se a um modelo processual abstrato e retórico em que a tutela dos direitos apenas deve ocorrer pelo rito ordinário de cognição exauriente, sendo genericamente vedada por intermédio de juízos mais tênues de probabilidade. Impõe-se perceber, contudo, que essa tese deve ser repensada, pois as novas exigências sociais evidenciam a necessidade de sumarização do processo como forma de tutela dos direitos, ou seja, demonstram que, haja ou não o requisito da urgência, o mito do procedimento ordinário não é mais o modelo ideal para fazer face a todas as crises de direito material<sup>1003</sup>.

O paradigma da ordinariedade procedimental, próprio da modernidade, fundamenta-se em alguns dogmas ultrapassados, destacando-se a “neutralidade do juiz” e, como premissa necessária à efetiva tutela dos direitos, a “busca da verdade real”. Nesse sentido, parte-se do

normativa dos precedentes jurisprudenciais, a qual confere universalidade ao princípio da igualdade — é um dos fins do Estado Constitucional, que, pautado nos fundamentos da dignidade da pessoa humana e na segurança jurídica, acarretou mudanças no Direito, o que reposicionou os papéis da jurisdição e do juiz. Como se sabe, resumidamente, a primeira mudança concerne à teoria das normas. No Estado Legislativo, propunha-se que toda norma era sinônimo de “regra”. Os princípios eram compreendidos como fundamentos para normas, mas jamais como normas. A segunda refere-se à técnica legislativa. Nesse campo, passa-se de uma legislação regida de forma casuística para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica aberta. A terceira mudança atine ao significado da interpretação jurídica e, no fundo, à própria compreensão a respeito da natureza do Direito. Parte-se do pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de reconstrução do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos à vista do caráter não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito. Nesse sentido, Cf. MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 51-74, mar. 2014.

<sup>1002</sup> MARIN, Jeferson Dytz. “A influência do racionalismo e do direito romano cristão na ineficácia da jurisdição: a herança crítica de Ovídio Baptista da Silva”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 103.

<sup>1003</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela antecipatória em procedimento sumário”. *Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Donaldo Armelin coordenador. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

pressuposto de que o juiz deve ser “neutro” em relação ao litígio e, como tal, está impedido de julgar liminarmente. A concessão de liminares deve ser vedada, pois, para não se correr o risco de subjetivismos, só pode haver execução após a constituição do título executivo judicial, o que somente ocorre, de acordo com essa concepção, com a prolação de um julgamento fruto de cognição aprofundada. Por influência da doutrina italiana clássica<sup>1004</sup>, parte-se da premissa de que a sentença condenatória é pressuposto da execução, entendida apenas como atividade de sub-rogação<sup>1005</sup>. A execução, nesse contexto, deve ser uma consequência do encontro da verdade no processo, encontrada após todo o desenvolvimento do contraditório<sup>1006</sup>.

Esse modelo processual marcou as origens do CPC/1973, que propôs uma rígida separação entre as espécies de tutela jurisdicional (conhecimento, execução e cautelar). Coerentemente com a sua opção ideológica do racionalismo liberal, o CPC/1973 disciplinou o processo de conhecimento como técnica procedimental voltada à descoberta da verdade, suprimindo, pelo menos como regra amplamente geral, os juízos de verossimilhança, pressupondo, dessa forma, que a função de julgar fosse eminentemente declaratória mediante a exigência dos juízos de certeza (cognição exauriente). Por outro lado, essa linha ideológica pressupunha que o ordenamento jurídico pudesse oferecer ao juiz a solução para os casos concretos que lhe caibam julgar, de modo que a função de julgar não seja nada além da mecânica declaração da “vontade concreta da lei”<sup>1007</sup>. Nesse contexto, influenciado pelos valores da Revolução Francesa, o juiz praticamente não tinha poderes e não podia interpretar, pois, como preconiza Arruda Alvim<sup>1008</sup>, “a definição da *medida*, do *como* e do *quando*, em que o juiz poderia interferir na vida das pessoas, havia de ser, rigidamente, prevista em lei, ou

<sup>1004</sup> A sentença condenatória sempre continha um algo a mais em relação à meramente declaratória. Para Giuseppe Chiovenda, por exemplo, era a ordem para a execução. Piero Calamandrei, por sua vez, era a transformação da obrigação em sujeição. Já para Enrico Tullio Liebman, a condenação caracteriza-se por aplicar a sanção. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 276.

<sup>1005</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 276-282.

<sup>1006</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136-138.

<sup>1007</sup> Ilustrativamente, observe-se a doutrina de Moacyr Amaral Santos: “A função jurisdicional, uma das três funções do Estado, consiste na atuação da lei, que é uma norma geral e abstrata de tutela de interesses e regulamentadora da composição de conflitos de interesses, aos casos concretos ocorrentes. Assim considerada, aquela função é como que um prolongamento da função legislativa. O legislador formula a lei, a qual, em abstrato e com caráter de generalidade, tutela determinadas categorias de interesses ou regula a composição dos seus conflitos, enquanto o órgão jurisdicional, o juiz, em face de um caso concreto, especializa aquela lei, assegurando a tutela do interesse ou resolvendo qual dos interesses em conflito é o tutelado pela lei”. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

<sup>1008</sup> ALVIM, Arruda. *Direito processual civil* (coleção estudos e pareceres – II). Vol. 3. São Paulo: RT, 2002, p. 265-266.

seja, pelo legislador”<sup>1009</sup>.

O CPC/1973, dessa forma, estava totalmente vinculado ao paradigma do Estado Liberal. Havia, no início da vigência desse Código, compromisso com a doutrina da abstração do processo em relação direito material, pois o vínculo entre a atividades cognitiva e executiva, como regra, era feito por intermédio da sentença condenatória, caracterizada como uma “sanção”, em um sistema desestruturado para a tutela preventiva de direitos, sem atribuir ao juiz, por exemplo, poderes para distribuir o ônus da prova e do tempo no processo, tudo a contribuir para a burocratização da função jurisdicional<sup>1010</sup>.

A preocupação do CPC/1973 era, juntamente com a precisão terminológica, “dar coerência técnica ao direito processual, estabelecendo uma sistemática cientificamente adequada”<sup>1011</sup>. Importa perceber, contudo, que a influência de Giuseppe Chiovenda, quanto ao conceitualismo sistemático, levou a doutrina a consagrar as bases de um processo civil despreocupado com o direito material<sup>1012</sup>, fazendo com que as categorias processuais, a exemplo do direito de ação e o seu vínculo com a sentença, fossem concebidas apenas por critérios processuais, o que denota elevado grau de abstração quanto à realidade.

Trata-se o CPC/1973, dessa forma, de uma legislação originalmente preocupada com o cientificismo e a formulação de conceitos puramente processuais, impermeáveis ao direito material, determinando, assim, a sua neutralidade em relação à cultura e à História. Os problemas sociais que emergiam, à época, das origens do CPC/1973 eram mais simples, sequer estavam consolidados os interesses metaindividuais na concepção de direitos subjetivos, de modo que estruturas processuais fixas, com ações e medidas vinculadas à tipicidade legal, funcionavam satisfatoriamente<sup>1013</sup>. Ademais, o império da cientificidade e da abstração consagrou a ideia de que o procedimento ordinário, como ritual padrão, era capaz de atender a diferentes situações de direito material, sendo os procedimentos especiais concebidos como exceções<sup>1014</sup>. Deve-se perceber, todavia, que o papel do Judiciário brasileiro no limiar do século XXI é incompatível com esse modelo, que, pelo menos em sua versão inicial, estava centrado nos valores “liberdade” e “segurança” e, com efeito, descrevia um

---

<sup>1009</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo código de processo civil (tutela de urgência e tutela de evidência)*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 270-272. No mesmo sentido, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 25-33.

<sup>1010</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 53-55.

<sup>1011</sup> ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 45.

<sup>1012</sup> Nesse sentido, Cf. RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987, p. 217.

<sup>1013</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual moderno*. São Paulo: RT, 2015, p. 69.

<sup>1014</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 36.

modelo processual individualista, voltado à proteção patrimonial, pensado a partir da ideia de dano e voltado apenas a sua repressão<sup>1015</sup>.

Observe-se que, na sociedade liberal do século XIX, o perigo de dano era algo visto como um acidente, uma obra do acaso ou golpe do destino, e, uma vez ocorrido, reagia-se mediante postura eminentemente retroativa e reparatória. A responsabilidade civil era a principal bandeira dessa época, de modo que, para garantir a defesa da propriedade e da ordem pública<sup>1016</sup>, prestigiava-se a tutela ressarcitória, e, por outro lado, como dito, ignorava-se a tutela inibitória<sup>1017</sup>. O risco imprevisível, porém, tornou os valores da modernidade superados. A segurança jurídica, atualmente, também depende do tempo (celeridade processual). Se o sistema não for capaz de decidir com celeridade, acaba por agravar a insegurança que tenta combater. Em outras palavras, em uma sociedade de risco e complexa como esta em que se vive atualmente, a tutela dos direitos também deve ocorrer mediante juízos de cognição sumária, sendo a necessidade do direito material o fator determinante, para definir a técnica processual a ser empregada<sup>1018</sup>.

Não há, a rigor, modo de a hermenêutica ser interpretada como meio ou método de acesso à verdade, porque, no horizonte histórico e factual, a verdade é contingente, motivo pelo qual a aproximação do verossímil é a forma de conciliar o horizonte interpretativo com a necessidade processual de (re)construção do sentido do ser do direito (pretensão) material no âmbito do processo. A construção do sentido recupera a pergunta pelo sentido, no campo da fala argumentativa, com o objetivo de desvelar a verdade possível, a verossimilhança ou a probabilidade. Com as crises de verdade e de certeza, o razoável retoma sua força, de modo que o Estado, como forma de se desincumbir do dever de prestar tutela jurisdicional, deve proteger a parte que tem razão no plano do direito material, e essa análise, dependendo da maneira como o pedido de tutela aparece no processo, pode ocorrer por intermédio de juízos de probabilidade<sup>1019</sup>.

---

<sup>1015</sup> MITIDIERO, Daniel. “O Processualismo e a formação do Código Buzaid”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 183, p. 165-194, mai. 2010. No mesmo sentido, Cf. NUNES, Camila. “Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 246, p. 497, ago. 2015.

<sup>1016</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 172.

<sup>1017</sup> ALVIM, Arruda. *Direito processual civil* (coleção estudos e pareceres – II). Vol. 3. São Paulo: RT, 2002, p. 247-251.

<sup>1018</sup> DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. “Processo modular: o resgate da verossimilhança como instrumento de reforma processual”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 168-170.

<sup>1019</sup> HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. “Hermenêutica, retórica, verossimilhança, discricionariedade: a opção ovidiana pelo significado”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus*

Se o Direito, de modo simples, pode ser visto como “ordem” e “hermenêutica”, deve-se perceber que, nessa atividade, especificamente sobre alegações fáticas, o resgate da verdade histórica, embora desejado empiricamente<sup>1020</sup>, nem sempre é atingível no momento da decisão<sup>1021</sup>. Deve-se utilizar um outro critério, sob pena de se comprometerem elementos mínimos de eficiência na prestação jurisdicional. Nesse ponto, repita-se, a noção de “razoável probabilidade” ou, caso não se vislumbre diferença quanto a esta, de “verossimilhança”<sup>1022</sup> é essencial para o aperfeiçoamento da jurisdição, sobretudo nas situações fundamentadas na urgência do direito material.

É que uma boa ordem processual, conforme elucida Cândido Rangel Dinamarco<sup>1023</sup>, não vive apenas de certezas, mas também de probabilidades e riscos, de modo que, quando existirem “razões para decidir ou para atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros”. É nesse modo de compreender a correlação entre direito material e processo que, atualmente, deve-se apresentar como algo natural a força executiva das decisões caracterizadas pela “provisoriedade”, tornando-as aptas a transformar a realidade social de forma imediata<sup>1024</sup>.

É imperioso, portanto, tal como ocorriam nos interditos do processo civil romano<sup>1025</sup>, realçar a relevância da convicção fundada em juízo de probabilidade como instrumento essencial à tutela de direitos atualmente. Para que essa missão seja eficaz, revela-se importante, como forma de reflexão complementar, que seja ultrapassado o paradigma da

*reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 125-144.

<sup>1020</sup> Por todos, Cf. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15-34.

<sup>1021</sup> CARNELUTTI, Francesco. “Verdade, dúvida e certeza”. Tradução de Eduardo Cambi. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 09, p. 606, jul./set. 1998.

<sup>1022</sup> Piero Calamandrei, em estudo clássico, preleciona que a análise das provas, mesmo quando a percepção dos fatos seja direta, sempre decorre de um juízo de verossimilhança. De acordo com o seu entendimento, quando se diz que um fato é verídico, em substância, quer-se dizer que atingiu, na consciência de quem como tal o julga, aquele grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que o julgador dispõe, basta para dar-lhe a certeza subjetiva de que aquele fato ocorreu. Cf. CALAMANDREI, Piero. “Verità e verosimiglianza nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, v. 10, n. 1, p. 164-166, gen./dic. 1955. Para uma análise crítica acerca deste estudo de Calamandrei, Cf. FONSECA, Isabel Celeste M., “Verdade e verossimilhança: o (provável) erro de Calamandrei”. *Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXI, n. 81, p. 633-672, 2005.

<sup>1023</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: RT, 2007, p. 27.

<sup>1024</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p. 228-230.

<sup>1025</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013, p. 91.

ordinariedade, que tradicionalmente faz parte da cultura jurídica brasileira<sup>1026</sup>. Em outros termos, a legitimação da tutela sumária de direitos depende de uma reflexão crítica do passado na perspectiva do presente, ou seja, a temporalidade do Direito demonstra que é somente com uma avaliação crítica do passado — rompendo com uma neutralidade axiológica do processo histórico e com determinados dogmas — que se permite uma adequada leitura das categorias do presente, para se caminhar adequadamente em direção ao futuro<sup>1027</sup>.

#### 4.1.4 Do paradigma da ordinariedade à legitimação da tutela sumária

Diante do que foi visto, deve-se reafirmar que o paradigma do processo ordinário, que ainda domina o pensamento jurídico no Brasil, está baseado na conservação do *ordo judiciorum privatorum*, com a respectiva supressão dos interditos do direito romano, no dogma da superação dos poderes, com sua desconfiança na função jurisdicional, e na herança racionalista da “ciência do processo”. Essas são as suas três características fundamentais. Para defesa de tais ideologias, nada mais apropriado do que a consagração do procedimento ordinário, com bandeira de um Estado Liberal, baseado na busca da certeza e na garantia de segurança, com o respectivo abandono dos juízos de verossimilhança<sup>1028</sup>.

Em outras palavras, o dogma da impossibilidade da tutela efetiva dos direitos por intermédio de juízos de cognição sumária é oriundo do paradigma racionalista da modernidade<sup>1029</sup>, uma herança da Revolução Francesa, o qual, fundado também no conceitualismo e na segurança jurídica, pressupõe uma função meramente declaratória da jurisdição<sup>1030</sup>. Se a lei era expressão da “vontade geral”, devia-se garantir a certeza jurídica mediante uniformidade de sua interpretação<sup>1031</sup>. Demais disso, à generalidade, abstração e coercibilidade do sistema normativo, agregava-se a característica da impessoalidade, que se refere à situação de neutralidade diante da particularidade individual, o que demonstra que

<sup>1026</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. “Tutelas sumárias, tutelas de urgência e o pensamento de Alcides Munhoz da Cunha”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 241, p. 216, mar. 2015.

<sup>1027</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 3ª Reim. Curitiba: Juruá, 2012, p. 149-162.

<sup>1028</sup> DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. “Processo modular: o resgate da verossimilhança como instrumento de reforma processual”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 174.

<sup>1029</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 87-116.

<sup>1030</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 75-86.

<sup>1031</sup> SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 310-311.

essa forma de ideologicamente pensar o Direito oculta a desigualdade real entre os agentes econômicos, para prestigiar uma igualdade meramente formal<sup>1032</sup>.

Esta forma de pensar o procedimento judicial, que, repita-se, não se atentava para as peculiaridades do direito material, inclusive diante do risco de perecimento por conta de situações de urgência, prende-se à tutela dos direitos por intermédio de provimentos fundamentados em cognição aprofundada, após o exaurimento de todas as oportunidades de alegações e provas, os quais têm as seguintes características básicas: a) plena realização do contraditório de forma antecipada, ou seja, antes da decisão de mérito; b) produção do contraditório conforme o modelo expressamente previsto em lei, sem muito espaço para a chamada “discrecionalidade judicial”; c) domínio da cognição plena e exauriente sobre todos os elementos de fato e de direito que gravitam em torno do litígio, permitindo ampla perquirição probatória, para buscar a certeza em relação ao acertamento; d) atribuição da autoridade da coisa julgada material aos provimentos finais<sup>1033</sup>.

Acontece que esse modelo, que pressupõe rígida previsão dos atos processuais e não raramente estabelece formas supérfluas<sup>1034</sup>, encontra-se seguramente ultrapassado, pois contribuiu, significativamente, para o que, na atualidade, chama-se de “crise do Judiciário”, que significa a incapacidade estrutural da jurisdição estatal de responder aos ditames dos novos tempos. Muitos aspectos dessa crise, repita-se, decorrem da forma racionalista de pensar o processo, especificamente no que concerne à exigência absoluta de segurança jurídica, para se poderem praticar atos de transformação da realidade social. É que a ideologia da separação de poderes e a incessante busca da chamada “verdade real” no processo são fatores que impedem, na essência, a eficácia de outras formas de tutela jurisdicional, especialmente as fundadas em juízo de probabilidade. Em outros termos, o modelo racionalista, que continua impregnado na cultura jurídica brasileira, prende-se ao mito do rito ordinário como pressuposto para a tutela dos direitos, fazendo com que, caso não se tenha consciência da necessidade de ruptura, as reformas processuais sejam apenas aparentes<sup>1035</sup>.

O que se tem observado é que, a partir da inequívoca evolução científica e tecnológica, potencialmente lesiva a direitos fundamentais dos cidadãos, o tradicional modelo do procedimento ordinário apresenta-se como completamente inadequado, para assegurar uma

---

<sup>1032</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 7. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 30-31.

<sup>1033</sup> PISANI, Andrea Proto. *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*. Napoli: Jovene, 2003, p. 360-361.

<sup>1034</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43.

<sup>1035</sup> GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela (direito e pós-modernidade)*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 128.

tutela jurisdicional efetiva a todos os direitos, em especial àqueles que reclamam uma tutela fundamentada em situações de urgência<sup>1036</sup>. A tendência atual, nesse contexto, direciona-se à valorização dos juízos de probabilidade, pois, a cada dia, a importância do rito ordinário vai sendo atenuada, adotando-se, para maior número de hipóteses, procedimentos diferenciados, mais céleres e baseados em outra visão do processo, sobretudo quando, ao contrário da época do processo civil clássico, os direitos não se reduzem a uma discussão majoritariamente patrimonial<sup>1037</sup>. Assim, como técnica legislativa, utiliza-se a tutela sumária de direitos com finalidades econômicas e éticas, pois se procuram, respectivamente, alternativas ao alto custo do procedimento ordinário e ao abuso do direito de defesa, tudo isso sem perder de vista a sempre almejada efetividade da tutela jurisdicional diante do fator tempo<sup>1038</sup>.

Observa-se, por exemplo, que, na Inglaterra, é possível ocorrer julgamento sumário contra quaisquer das partes (*summary judgment*), com base em cognição *prima facie*, se alguma delas não possuir no caso uma real possibilidade de êxito no acolhimento de suas razões, e que não existem outras formas pelas quais a causa deva ser julgada na fase do *trial* (*Rule 24* do *CPR*). Por sua vez, na França (*ordonnances de référé*) e na Itália (*provvedimenti d'urgenza*), “a concessão da tutela de urgência vai tendendo a assegurar ao interessado, de direito ou de fato, o gozo definitivo do benefício pleiteado”, de modo que a decisão do litígio, em princípio revestida de ares de provisoriedade (cognição sumária), “adquire estabilidade equiparável àquela que teria a solução final”<sup>1039</sup>. Essa sistemática também é adotada no Brasil, pelo instituto da estabilização da tutela antecipada satisfativa (art. 304 do CPC/2015), fato que demanda uma reflexão acerca do instituto da coisa julgada material, dogma herdado do Estado Liberal de Direito, o qual pressupõe cognição exauriente e juízo de certeza.

Como já mencionado nesta pesquisa, mesmo em relação aos provimentos fundamentados em cognição exauriente, são poucas as decisões que realmente resultam de um juízo de certeza, ou seja, de um juízo de absoluta e incontestável evidência acerca dos fatos da causa ou do direito reconhecido. A certeza absoluta do Direito não passa de uma ficção imposta pela necessidade de segurança nas relações jurídicas. Por mais completa e profunda que tenha sido a análise fático-jurídica da causa, a decisão, normalmente, resulta de uma versão mais provável em detrimento da parte oposta, o que demonstra a tendência de cada vez

<sup>1036</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, p. 120.

<sup>1037</sup> DENTI, Vittorio. “I procedimenti camerali come giudizio sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLIV, n. 4, p. 1097-1110, dic. 1990.

<sup>1038</sup> PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napole: Jovene, 1999, p. 585-587.

<sup>1039</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutela de urgência e efetividade do direito”. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99.

mais se prestigiarem as decisões fundamentadas em juízo de probabilidade<sup>1040</sup>.

O aumento da complexidade social, demonstrada por intermédio de novos litígios que até então não chegavam ao Judiciário, vem exigindo uma reestruturação social, com o escopo de obter razoável padrão de eficiência, fato que consolida a tendência à sumarização procedimental e cognitiva do processo<sup>1041</sup>. A tutela antecipatória, nessa perspectiva, sempre foi vista como uma técnica apta a neutralizar os efeitos deletérios do tempo sobre a parte que, pelo menos aparentemente, tem razão no processo<sup>1042</sup>. Deve-se romper, assim, com o paradigma da ordinaryness, que se funda na suposta neutralidade do juiz em relação ao direito material e na pretensa universalidade procedimental, fatores que fazem com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor<sup>1043</sup>.

Ora, o legislador não pode descuidar da conexão entre as técnicas processuais e a igualdade assegurada na norma material<sup>1044</sup>. É no valor da igualdade que se encontra o fundamento ético-filosófico do Estado Democrático de Direito<sup>1045</sup>, e essa constatação é relevante, pois, normalmente, os procedimentos baseados na tutela de direitos por intermédio de cognição exauriente tendem a proteger, no decorrer do tempo processual, o demandado que não tem razão<sup>1046</sup>. O rito ordinário, pela previsibilidade legal dos atos processuais, pode fazer com que o réu, sabendo antecipadamente que o seu direito não é bom, tenha apenas o interesse de manter o bem disputado em sua esfera jurídica, causando ao autor aquilo que a doutrina chama de “dano marginal do processo”<sup>1047</sup>. Deve-se prestigiar, em outros termos, a técnica antecipatória também como instrumento da igualdade no processo.

Os pressupostos teóricos do processo de conhecimento e do rito ordinário podem conviver com a tutela dos direitos mediante juízos cognitivos que não exauriram a sua

<sup>1040</sup> GRECO, Leonardo. “A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 14, p. 309-310, jul./dez. 2014.

<sup>1041</sup> CHIARLONI, Sergio. “Nuovi modelli processuali”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno XXXIX, n. 2, p. 284, mar./apr. 1993.

<sup>1042</sup> JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 149-150.

<sup>1043</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 15.

<sup>1044</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

<sup>1045</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. “Fundamentos morais do estado democrático de direito”. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos (Mestrado e Doutorado), n. 10. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 298.

<sup>1046</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 20-22.

<sup>1047</sup> ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, p. 28.

possibilidade de aprofundamento<sup>1048</sup>. Os fatos demonstram que nem sempre a busca pela coisa julgada é essencial para a eficiente tutela de direitos<sup>1049</sup>. A ideia básica é a de que essas “tutelas jurisdicionais diferenciadas”, criadas para atender às necessidades do direito material<sup>1050</sup>, devem ser montadas em procedimentos permeados pela técnica de flexibilização ou elasticidade procedimental, inclusive quanto às formas executivas<sup>1051</sup>, permitindo maior adaptabilidade dos modelos processuais concretos<sup>1052</sup>. Trata-se do princípio da adequação procedimental como mecanismo de técnica processual<sup>1053</sup>.

É nesse contexto, portanto, que os provimentos sumários fundados na urgência têm evoluído significativamente, pois, cada vez mais, tem-se a consciência de que a tutela jurisdicional não cumprirá os seus fins institucionais, se não atribuir à parte que tem razão um resultado que seja útil também no plano de seus efeitos práticos<sup>1054</sup>. E a característica desses provimentos, diferentemente do padrão estabelecido pelo rito ordinário, envolve a possibilidade de reservar a completude do contraditório para o momento posterior ao deferimento da medida<sup>1055</sup>, que, mesmo concedida em mero juízo de verossimilhança, tem aptidão para tutelar o direito material, embora sem atrair a indiscutibilidade inerente à coisa julgada material<sup>1056</sup>. É preciso ter-se essa consciência, pois, do contrário, como alerta Ovídio A. Baptista da Silva<sup>1057</sup>, a “cultura da ordinariedade” que opõe obstáculos mentais ao emprego dessas formas de tutela jurisdicional continuará fazendo com que as reformas processuais pretendidas pelo CPC/2015 não saiam do plano da abstração legislativa.

<sup>1048</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 220-221.

<sup>1049</sup> MENCHINI, Sergio. “Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell’accertamento con autorità di giudicato”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, v. LXI (seconda serie), n. 1, p. 869-902, jan./mar. 2006.

<sup>1050</sup> Conforme prelecionam Daniel Mitidiero e Hermes Zaneti Jr., “não é mais possível a ilusão de um processo infenso à ideologia, distante do direito material e da realidade da vida”. Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. *Introdução do estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 13.

<sup>1051</sup> TARUFFO, Michele. “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 1, p. 142-178, mar. 1988. Este texto também foi traduzido no Brasil: TARUFFO, Michele. “A atuação executiva dos direitos: perfis comparados”. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 85-116.

<sup>1052</sup> ARMELIN, Donaldo. “Tutela jurisdicional diferenciada”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 17, n. 65, p. 45-55, jan./mar. 1992.

<sup>1053</sup> ANDRADE, Érico. “A técnica processual da tutela sumária no direito italiano”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 179, p. 182, jan. 2010.

<sup>1054</sup> TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d’urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 1-2.

<sup>1055</sup> PISANI, Andrea Proto. “Quattro brevi lezioni di introduzione al processo civile”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 274, p. 482, dez. 2017.

<sup>1056</sup> CAPONI, Remo; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001, p. 18.

<sup>1057</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 236-237.

É nessa perspectiva que, ciente dos “limites impostos à tutela sumária de direitos”<sup>1058</sup>, inclusive quanto aos “deveres do legislador”<sup>1059</sup> na delimitação das “condições mínimas de processo justo”<sup>1060</sup>, reafirma-se que a tutela de urgência nas demandas de saúde pública, quando atendidos os pressupostos de racionalidade decisória, é uma garantia fundamental do cidadão. Em outros termos, havendo, além dos outros parâmetros decisórios, a situação de preenchimento da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, é um dever do juiz decidir e, igualmente, efetivar a medida que viabiliza o direito fundamental à tutela de urgência. Não se trata de uma faculdade do juiz, pelo contrário, trata-se de um dever inerente a sua função, que exige, quanto à adequada tutela de direitos, responsabilidade institucional. Consequentemente, se há tutela adequada do direito a prestações de saúde pública, não há que se falar em comportamento arbitrário ou antidemocrático do juiz.

Definida essa questão, impõe-se analisar, agora, ainda que resumidamente, o regime jurídico das tutelas de urgência no CPC/2015, especialmente quanto à possibilidade de se utilizar, nas demandas por prestações de saúde pública, a técnica da estabilização prevista no art. 304 do CPC, medida essa que torna estável a antecipação dos efeitos da tutela de mérito concedida em sede de liminar<sup>1061</sup>. Antes, porém, revela-se oportuno contextualizar o tema, a partir de uma resumida sistematização das tutelas sumárias no CPC/2015.

---

<sup>1058</sup> Observe-se que não se pode generalizar a tutela sumária sem critérios mínimos de racionalidade. A técnica da sumarização da cognição do julgamento tem um importante papel a desempenhar em termos de tutela efetiva dos direitos, desde que respeitadas as balizas constitucionais para um processo justo. Em termos claros, as técnicas de tutela sumária realizam o interesse público primário de efetividade da tutela jurisdicional, mas os poderes do juiz, significativamente ampliados, não podem ser exercidos para praticar ato arbitrário, que, no particular, é aquele que frontalmente ataca a essência do devido processo, sob pena de anulação por inconstitucionalidade. Nesse sentido, Cf. PISANI, Andrea Proto. “Giusto processo e valore della cognizione piena”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno XLVIII, n. 2, p. 265-280, mar./apr. 2002.

<sup>1059</sup> Conforme preleciona Antonio Carratta, o legislador deve estabelecer, com precisão, as condições procedimentais de admissibilidade da tutela sumária, para permitir um maior controle no momento da decisão judicial. Cf. CARRATTA, Antonio. “Função e estrutura da tutela jurisdicional sumária”. Tradução de Alexandre Del Rios Minatti. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Coordenadores Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 379.

<sup>1060</sup> Nessa perspectiva, observados os conteúdos atual e humanitário do contraditório, da centralidade conferida à cognição plena e das pressões impostas pela celeridade, tem-se que a legitimidade constitucional da cognição sumária, enquanto técnica diferenciada essencial aos escopos da tutela jurisdicional efetiva, pressupõe a observância cumulativa dos seguintes pressupostos: a) contraditório mínimo; b) predeterminação legislativa; c) oportunidade de futuro acesso a processo de cognição plena e exauriente; d) estabilização equilibrada. Nesse sentido, Cf. SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 316-321.

<sup>1061</sup> Pretende-se evoluir em relação a um estudo anterior sobre o tema, que foi enfrentado apenas de forma genérica, Cf. REIS, Sérgio Cabral dos. “Aspectos polêmicos da estabilização da tutela antecipada: em que situações fático-jurídicas este instituto revela-se cabível?”. *O novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho: encontros e desencontros*. Sérgio Cabral dos Reis coordenador. São Paulo: LTr, 2016, p. 209-218.

## 4.2 DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA COMO TÉCNICA DE TUTELA SUMÁRIA DO DIREITO À SAÚDE NO CPC/2015

No presente tópico, após resumidamente sistematizar as modalidades de tutela sumária no CPC/2015, pretende-se focar nos pressupostos teóricos e ideológicos do regime jurídico da estabilização da tutela antecipada, inclusive com amparo na experiência do direito estrangeiro, especialmente do que ocorre na França e na Itália atualmente. Pretende-se confirmar, ao final, que, mesmo diante da possibilidade de obter a estabilização dos efeitos da tutela de mérito, seja em demandas individuais, seja em demandas coletivas, essa situação jurídica não impede que, por intermédio de diálogo interinstitucional, adote-se uma medida de consenso capaz de gerar certa universalidade e melhoria nas questões de saúde pública, com ganhos em termos de governabilidade democrática. É interessante, desde logo, observar que esse palco de discussões pode ocorrer mesmo sem o ajuizamento da chamada “ação revisional” (art. 304, § 6º).

### 4.2.1 Sistematização da tutela sumária na CPC/2015

No CPC/2015, a chamada “tutela provisória” contrapõe-se à “tutela definitiva”, fundada na cognição exauriente. Era preferível a adoção do gênero “tutela sumária”, pois, em Direito Processual, o fenômeno da “provisoriedade” tem um significado específico, que não se aplica, por exemplo, à tutela jurisdicional cautelar, caracterizada pela “temporariedade”. Tecnicamente, “temporário” é o que não dura para sempre, sem que se pressuponha a ocorrência de outro evento subsequente que o substitua. É o que ocorre com a medida cautelar, que não produz efeitos permanentes no mundo social, tendo em vista que o seu perfil funcional só lhe confere eficácia, enquanto persistir a urgente situação de perigo que sofre o provável e referível direito material<sup>1062</sup>.

A rigor, portanto, as cautelares não são provisórias, são meramente temporárias. Observe-se que, atualmente, “tutela sumária” é uma expressão que se refere a provimentos interinos de natureza cautelar ou satisfativa, conforme o caso. Em outros termos, os provimentos judiciais fundamentados em cognição sumária, cautelares ou satisfativos, não importa, são espécies do gênero “tutela sumária de direitos”. Não era com essa amplitude,

---

<sup>1062</sup> ASSIS, Araken de. “Espécies de medidas de urgência”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 276-277.

todavia, que se compreendia a aludida expressão.

Imaginava-se, antigamente, que toda tutela jurisdicional sumária estava compreendida na categoria das “medidas cautelares”, caracterizadas pelo fato de serem uma tutela provisória no sentido de que deveriam ser necessariamente absorvidas por uma tutela jurisdicional definitiva no futuro<sup>1063</sup>. Defendia Calamandrei<sup>1064</sup>, nesse sentido, que a provisoriedade das cautelares residia no fato de serem instrumento, para assegurar a eficácia de um provimento posterior<sup>1065</sup>. Essa forma de ver as tutelas sumárias, contudo, deve ser alterada, por conta das recentes inovações legislativas, como se verá no desenvolvimento deste trabalho.

De todo modo, para a linguagem e a sistemática do CPC/2015, “tutela provisória” é a tutela que se pretende “definitiva”, embora concedida após cognição sumária, valendo ressaltar, nesse contexto, que a “tutela definitiva” pode ser satisfativa ou cautelar. Nessa perspectiva, impõe-se logo perceber que o conceito de tutela provisória não tem relação com o conteúdo material do provimento jurisdicional (satisfativo ou cautelar). É que as espécies do gênero “tutela provisória” diferenciam-se pelo fundamento para a sua concessão, e não pelo conteúdo. Assim, para utilizar a linguagem do CPC/2015, as tutelas provisórias podem fundar-se na urgência ou na evidência (art. 294). As tutelas fundadas na urgência dividem-se em tutela cautelar-conservativa e tutela antecipada-satisfativa<sup>1066</sup>. Demais disso, subdividem-se, conforme o momento de sua concessão, em antecedente ou incidente (art. 295). Já as tutelas fundamentadas na evidência não possuem subespécies, mas apenas diferentes pressupostos para a sua concessão<sup>1067</sup>.

A proposta inicial da comissão de juristas em relação ao CPC/2015 era melhor do que a versão final. É que, na linha das versões originais do Senado da República<sup>1068</sup> (PL n°

<sup>1063</sup> MITIDIÉRO, Daniel. *Antecipação da tutela: da técnica cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 130 e 133.

<sup>1064</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 21-22.

<sup>1065</sup> No mesmo sentido, vislumbrando um vínculo de instrumentalidade entre a tutela cautelar e a tutela de outro direito material, Cf. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napole: Jovene, 1999, p. 639.

<sup>1066</sup> BONATO, Giovanni. “A estabilização da tutela antecipada de urgência no código de processo civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália)”. Tradução de Alexandre Minatti e Guilherme Tambarussi Bozzo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 273, p. 209, nov. 2017.

<sup>1067</sup> RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. “Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 270-272, jan./jun. 2015.

<sup>1068</sup> Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do processo, sejam essas medidas de natureza satisfativa ou cautelar. § 1º. São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida. § 2º. São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

166/2010) e da Câmara dos Deputados<sup>1069</sup> (PL n° 8.046/2010), a tutela cautelar contrapõe-se à “tutela satisfativa”, e não à “tutela antecipada”. Revela-se equivocada, dessa forma, a dupla opção do CPC/2015: em primeiro lugar, na definição do gênero “tutela provisória”; em segundo lugar, no estabelecimento de suas espécies como sendo as tutelas “cautelar” e “antecipada”. O correto seria a escolha pelo termo “tutela sumária” — como espécie de tutela jurisdicional diferenciada pelo grau de aprofundamento cognitivo desenvolvido pelo juiz (cognição sumária) no momento de sua apreciação —, tendo como suas espécies as tutelas satisfativa e cautelar. Mesmo com a redação do CPC/2015, todavia, é possível desenvolver um raciocínio a partir dessa visão, pois facilita a compreensão da matéria.

Uma indagação revela-se oportuna: a unificação de regime entre as espécies de tutelas sumárias (“tutelas provisórias”, na linguagem do CPC/2015) é positiva? Há quem defenda que sim, seja sob o aspecto do rigor científico, seja pelas vantagens práticas. Para essa vertente doutrinária<sup>1070</sup>, o liame unificador, capaz de agrupar as medidas urgentes conservativas e antecipatórias dentro de uma mesma categoria, reside nos seguintes traços: a) função de garantir o resultado inerente à outra tutela (“final”), tendencialmente definitiva — viabilizando seu provimento, resguardando sua efetivação ou impedindo sua inutilidade —, com o afastamento de um perigo de dano de difícil reparação; b) cognição sumária; c) instrumentalidade, devido a sua função, em relação a tal provimento posterior: a providência urgente opera com base na perspectiva da tutela final, ainda que esta concretamente não venha a ocorrer, e sua concessão subordina-se à probabilidade do conteúdo da tutela final e/ou aos riscos que essa sofre; d) consequente provisoriedade, caracterizada pela circunstância de o provimento urgente não ter o condão de se tornar juridicamente definitivo.

José Roberto dos Santos Bedaque, por exemplo, em visão bastante singular, entende que a “tutela cautelar”, preocupada com a solução dos problemas resultantes das situações de urgência, “cumprir a função de assegurar a utilidade do processo mediante duas técnicas: conservativa e antecipatória”<sup>1071</sup>. Para esse autor, a tutela antecipatória não pode ser considerada uma forma autônoma de tutela de urgência, pois possui todas as características da cautelar. Para Bedaque, as medidas antecipatórias “são cautelares, pois não se destinam a resolver de forma definitiva a situação de direito material, mas apenas a proporcionar a

---

<sup>1069</sup> Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

<sup>1070</sup> TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, p. 16, jul. 2012.

<sup>1071</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Tutela provisória”. *Revista do Advogado*, AASP, ano XXXV, n. 126, p. 140, mai. 2015.

determinação de soluções urgentes, necessárias a conferir utilidade à tutela jurisdicional”<sup>1072</sup>. É preciso, contudo, organizar a forma de melhor raciocinar a respeito da temática, considerando a adequada abordagem teórica para essa nova regulamentação jurídica.

“Tutela cautelar” e “tutela satisfativa” são conceitos que concernem à tutela do direito material, pois, respectivamente, dizem respeito à proteção do direito (cautela) e à realização do direito (satisfação). A tutela satisfativa pode levar à tutela preventiva contra o ilícito (contra a ocorrência, continuação ou repetição → tutela inibitória), à tutela repressiva contra o ilícito (para remover os efeitos concretos do ato ilícito → tutela de remoção do ilícito), à tutela ressarcitória (na forma específica ou pelo equivalente ao valor do dano) e à tutela do adimplemento (na forma específica ou pelo valor equivalente ao da prestação). Para que seja possível a realização da tutela satisfativa do direito, pode ser necessária a utilização da tutela cautelar, que visa a assegurar que a tutela satisfativa possa futura e eventualmente ocorrer. Sendo assim, existe direito à satisfação dos direitos, e existe direito à sua asseguaração, que é um direito referível àquele.

Isso quer dizer que a técnica processual tanto pode levar à prestação da tutela satisfativa como à prestação da tutela cautelar. Os arts. 294-311 do CPC/2015 devem ser lidos na perspectiva da relação entre “técnica processual” e “tutela dos direitos”, deixando-se de lado os critérios puramente processuais para a sua compreensão. A “técnica antecipatória” — que é capaz de dar lugar às “tutelas provisórias” do legislador (satisfativa ou cautelar) — tem justamente por função distribuir, de forma isonômica, o ônus do tempo no processo. Observe-se que a tutela fundamentada na evidência também é uma tutela satisfativa<sup>1073</sup>, embora seja irrelevante, em princípio, a questão da urgência.

A preocupação do CPC/2015 foi apenas enfatizar o fato de que o termo “tutela provisória” não guarda relação com a finalidade do provimento jurisdicional, mas apenas com a possibilidade de revogação, modificação ou conformação do provimento dentro do mesmo processo. Quando o CPC/2015 menciona “tutela provisória”, faz referência ao provimento jurisdicional, que, “assegurando” (cautelar) ou “satisfazendo” (tutela satisfativa) o direito do autor, poderá ser revertido. Observe-se, todavia, que os “efeitos da decisão” nem sempre são provisórios. No particular, o CPC/2015 pecou pela falta de clareza conceitual, na exata medida em que não distinguiu a provisoriedade no plano normativo e no plano fático. A melhor interpretação do CPC/2015 deve ser a que trabalha com um conceito de tutela

---

<sup>1072</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 302.

<sup>1073</sup> FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 320.

provisória estritamente normativo, em contraposição à tutela definitiva, diferenciando-se desta pela potencialidade de revisão que lhe é inerente<sup>1074</sup>.

Ainda como tentativa de eliminação de dúvidas e melhor sistematização da matéria, outra indagação também se revela oportuna e pertinente: é possível falar-se em fungibilidade entre “tutela antecipada” e “tutela cautelar”? De acordo com a opção doutrinária adotada neste ensaio, a resposta apresenta-se negativa, pois uma tutela jurisdicional (cautelar) jamais poderá ser substituída por uma técnica processual (antecipada) e vice-versa. O que está no plano do direito material não pode ser substituído a contento por aquilo que está inserido no plano do direito processual como técnica de efetivação de um direito substancial. Em outras palavras, um fim não pode ser substituído por um meio<sup>1075</sup>.

De comum, a técnica antecipatória e a tutela cautelar têm um objetivo e uma função constitucional: “são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição”<sup>1076</sup>. É preciso, contudo, apontar, para melhor distinguir, as características da tutela jurisdicional cautelar. Observe-se que há relevância na distinção, pois, no CPC/2015, somente há estabilização da tutela antecipada satisfativa, diferentemente da versão original do projeto. A diferença entre as tutelas satisfativa e cautelar não está na cognição sumária, que, como se sabe, é uma característica comum das duas categorias aqui estudadas.

Na realidade, a distinção inicia-se pelo contexto temporal. “Provisoriedade” e “temporariedade” são aspectos temporais distintos, que servem para facilitar a compreensão dessas categorias jurídicas. A tutela cautelar é “temporária”<sup>1077</sup>, por ter sua eficácia limitada no tempo, mas não é provisória, pois, ao contrário da técnica antecipatória satisfativa, não está vinculada a uma medida que possa substituí-la em cognição mais aprofundada. Na solução provisória, ainda há possibilidade de se solucionar definitivamente o litígio.

A temporariedade, inerente à cautelar, relaciona-se a outra característica dessa modalidade de tutela jurisdicional, a “referibilidade”, pois há sempre, na tutela cautelar, uma

---

<sup>1074</sup> RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. “Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 15, p. 274 e 280, jan./jun. 2015.

<sup>1075</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da técnica cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 69-76.

<sup>1076</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 69. No mesmo sentido, Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 302.

<sup>1077</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126.

situação cautelanda referível, ainda que potencialmente<sup>1078</sup>. A tutela cautelar visa a proteger um direito — e não o processo — diante de uma situação em que o pretense direito do requerente encontra-se em estado de risco. Essa interpretação pode ser extraída da leitura do art. 305 do CPC/2015. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito<sup>1079</sup>, distinto do próprio direito à cautela.

A finalidade da cautelar, dessa forma, é proteger e garantir a intangibilidade do direito, sem, contudo, satisfazê-lo, diante do perigo de não ser certificado ou executado ao final<sup>1080</sup>. Logo, a falta de referibilidade é evidência de que não se está diante de provimento de caráter cautelar<sup>1081</sup>. O direito referido (a situação cautelanda) deverá ser demonstrado como mera aparência, como probabilidade. A tutela cautelar consistirá, assim, em alguma medida (arresto, sequestro, busca e apreensão, produção antecipada de provas etc.) tendente a assegurar a frutuosidade do direito referido, mas nunca a satisfazê-lo. O que é satisfeito na tutela cautelar é o direito à cautela, o direito à segurança do direito, mas nunca o próprio direito protegido.

Por oportuno, impõe-se indagar o seguinte: o CPC/2015 adotou realmente o direito substancial de cautela? Se a resposta for positiva, quais são as implicações práticas dessa constatação? Precisa-se perceber, antes de responder a essas questões, que o CPC/1973 adotou a chamada “visão processual” da tutela jurisdicional cautelar. O CPC/1973, marcado pelo modelo liberal de Direito, sofreu forte influência doutrinária de Giuseppe Chiovenda<sup>1082</sup>, que, além da concepção de que a ação era um direito potestativo instrumental à atuação da vontade concreta da lei<sup>1083</sup>, entendia que a cautelar era um exemplo de ação sem direito subjetivo pré-existente<sup>1084</sup>. Essa concepção, desconectada de um direito material pressuposto, influenciou Piero Calamandrei, que enfatizou sua doutrina na função meramente processual

<sup>1078</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 88.

<sup>1079</sup> É clássica a lição de que “não se concebe a existência de uma ação cautelar sem a existência de um processo principal continente de uma ação principal ao qual a cautelar se atrele”. Cf. CASEIRO, Luciano. *Lide cautelar*. São Paulo: LEUD, 1996, p. 167.

<sup>1080</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46-48.

<sup>1081</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 130.

<sup>1082</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. “L’azione nel sistema del diritto”. *Saggi di diritto processuale civile*. Vol. 1. Milano, Giuffrè, 1930, p. 16 e 23.

<sup>1083</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Vol. I. Napole: Jovene, 1960, p. 16-20. Observe-se que, para Chiovenda, o direito de ação seria o direito de provocar a atuação do direito objetivo por intermédio do juiz. Por conta dessa atuação da lei, processo passa a assumir, para Chiovenda, função tipicamente pública. Nesse sentido, Cf. TARUFFO, Michele. “Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XL, n. 4, p. 1145, dic. 1986.

<sup>1084</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. riv. e aum. Napole: Jovene, 1920, p. 43-48.

da tutela cautelar<sup>1085</sup>, voltada à eficácia e à seriedade da atividade jurisdicional.

A tutela cautelar, nesse sentido, sem ser um fim em si, encontrar-se-ia a serviço de proteger o processo, não o direito da parte<sup>1086</sup>. Se Chiovenda influenciou Calamandrei, este, por sua vez, inspirou a teoria tradicional brasileira, que disseminou o entendimento de que a tutela cautelar seria um “instrumento do processo”, e não do direito acautelado. Historicamente, Calamandrei evoluiu em relação à concepção alemã anterior de que a tutela cautelar estava necessariamente vinculada à execução forçada<sup>1087</sup>, mas, em contrapartida, fixou-se na perspectiva de que a função cautelar seja a de garantir a eficácia e a seriedade da função jurisdicional<sup>1088</sup>. Consagrou-se, assim, a chamada “teoria da dupla instrumentalidade da tutela cautelar” (“instrumentalidade ao quadrado”), no sentido de que a cautelar é instrumento de proteção do processo, que, por sua vez, é instrumento de proteção do direito material<sup>1089</sup>. A tutela cautelar, de acordo com a concepção de Calamandrei, como instrumento dependente e acessório das tutelas de conhecimento e/ou de execução, pertence ao Estado e tem “função de polícia”, no sentido de que visa a proteger a intangibilidade da jurisdição<sup>1090</sup>.

Ovídio Baptista da Silva<sup>1091</sup>, todavia, inaugurou o debate sobre a existência de um “direito substancial à cautela”. A doutrina tradicionalmente apenas se interessou pela função da tutela cautelar, desprezando a sua estrutura ou ontologia. Embora não se tenha dificuldade de reconhecer a existência de um direito subjetivo material à segurança, parte da doutrina não admite, em contrapartida, que essa proteção advenha do direito à tutela cautelar. Acontece que esse direito à tutela cautelar é inerente à jurisdição estatal e decorre diretamente da Constituição<sup>1092</sup>. Em termos mais precisos, o art. 5º, XXXV, da CF garante a efetividade da jurisdição, mediante a garantia de acesso real à certificação, à satisfação e à asseguuração de direitos, sendo o papel das medidas cautelares, nesse sistema, o de proteger o interesse da parte, ameaçado por uma situação de perigo<sup>1093</sup>.

Nessa perspectiva, a tutela cautelar tem compromisso direto com a proteção do direito material, pouco importando eventual outro processo que também se relacione a esse interesse

<sup>1085</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 140.

<sup>1086</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>1087</sup> A doutrina alemã, antes do livro de Piero Calamandrei, negava qualquer autonomia conceitual à tutela cautelar, vinculando-a necessariamente à execução forçada.

<sup>1088</sup> CAPONI, Remo. “Piero Calamandrei e la Tutela Cautelare”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXVII (Seconda Serie), n. 5, p. 1253-1255, sett./otto. 2012.

<sup>1089</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 21-22.

<sup>1090</sup> *Idem*, p. 21-22 e 143-145.

<sup>1091</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67-76.

<sup>1092</sup> Nesse sentido, Cf. SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*. São Paulo: RT, 1993, p. 31.

<sup>1093</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 67-76.

concreto. Ainda que essa constatação seja clara, é preciso fixar melhor as premissas dogmáticas desse chamado “direito material à cautela”. Assim como ocorre em relação ao processo de execução, a ação cautelar não é oca<sup>1094</sup>. Tem mérito próprio, portanto. Quando se ajuíza um demanda cautelar, também se invoca a existência de uma específica pretensão — a pretensão de direito à segurança<sup>1095</sup> —, por intermédio da qual se pode exigir que seja assegurado tanto um fato (produção antecipada de provas, por exemplo) quanto a própria pretensão de direito material que já esteja à base da “ação” principal (sequestro, por exemplo). Quando o juiz profere sentença de procedência no processo cautelar, ele declara, em favor do requerente, a existência do chamado “direito substancial de cautela”. Observe-se que esse direito não é incompatível com a “referibilidade” inerente às cautelares, uma vez que “o direito à tutela cautelar pressupõe apenas a *provável existência* do direito à tutela do direito. Em outras palavras, o direito à segurança da tutela do direito contenta-se com a verificação sumária da existência ou não do direito acautelado”<sup>1096</sup>.

Na procedência da cautelar, portanto, o juiz reconhece a existência da pretensão de direito material à segurança afirmada em juízo e, nesse sentido, emite um juízo de certeza (cognição vertical completa ou exauriente) em relação ao seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado). Nesse caso, a demanda cautelar não pode ser renovada senão por novos fundamentos, porque, muito embora os seus efeitos sejam temporários, a decisão é definitiva<sup>1097</sup>.

É diferente da concessão de uma liminar cautelar, pois, nesse caso, o juiz entende simplesmente que a existência do direito substancial de cautela é verossímil ou provável<sup>1098</sup>. Havendo coisa julgada material no processo cautelar, fica vedada, portanto, a rediscussão específica da lide cautelar, fato que não se confunde, obviamente, com a possibilidade de

---

<sup>1094</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 191, p. 364, jan. 2011.

<sup>1095</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo XII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 12.

<sup>1096</sup> MITIDIERO, Daniel. *A antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. RT, 2017, p. 133.

<sup>1097</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. “Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar”. *Temas atuais das tutelas diferenciadas*. Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenação de Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265-271.

<sup>1098</sup> Observe-se que a tutela cautelar, do ponto de vista fático, nunca será provisória. O que há de provisório na tutela cautelar, de acordo com o CPC/2015, é o “provimento”. Nesse sentido, é um reflexo do provimento definitivo. A relação entre a tutela cautelar prestada liminarmente e aquela que pode ser prestada ao final com a sentença é de identidade total ou parcial. A tutela cautelar, no plano fático, será sempre “temporária”, porque irá durar enquanto subsistir a situação de perigo que lhe legitima. Satisfazer um direito significa realizá-lo faticamente no plano das relações humanas.

rediscussão da lide principal<sup>1099</sup>.

Ovídio Baptista da Silva<sup>1100</sup>, entretanto, sob o fundamento de que a sentença cautelar “mais *ordena* do que *julga*”, não contendo “qualquer declaração sobre relações jurídicas que possam ser controvertidas na demanda cautelar”, defendia que, no âmbito cautelar, pode haver apenas coisa julgada formal. Trata-se de uma grave incoerência do seu sistema, pois renega as suas premissas dogmáticas. Observe-se que, na realidade, a cognição sumária a respeito da pretensão objeto da lide principal não se confunde com a cognição exauriente a respeito da pretensão objeto da lide cautelar.

Uma questão apresenta-se oportuna: há satisfatividade no processo cautelar? A resposta revela-se positiva. Na tutela cautelar, “assegura-se” a pretensão substancial objeto da lide principal, “satisfazendo-se” a pretensão substancial objeto da lide cautelar. Isso explica o caráter antecipatório da liminar cautelar: como liminar que é, satisfaz provisoriamente a pretensão à segurança, antecipando os efeitos práticos da tutela cautelar pretendida ao final. Para que não persistam dúvidas, é relevante observar que a tutela cautelar compõe, ao lado das tutelas de execução e certificação, a estrutura das tutelas jurisdicionais definitivas, ao passo que a técnica antecipatória, como instrumento, viabiliza a antecipação — provisória ou temporária — dos efeitos dessas modalidades de tutela jurisdicional definitiva. A tutela cautelar, com exceção do próprio direito à cautela, não visa à satisfação de um direito, apenas assegura a sua futura satisfação, protegendo-o de um perigo de dano<sup>1101</sup>.

Outra questão, nesse contexto, apresenta-se relevante: qual é a relação entre a improcedência da “ação” principal e a lide cautelar? A sentença de improcedência principal revoga somente a eficácia sentencial cautelar mandamental. Observe-se que “eficácia” e “efeitos” são termos que, juridicamente, não se confundem. No olhar técnico, eficácia é a aptidão da sentença para a produção de efeitos no mundo fenomênico, independentemente de sua efetiva produção. A “eficácia” sentencial cautelar mandamental pode ser apagada antes de tornar-se “feito”. Se a sentença cautelar já tiver sido efetivada, haverá destruição de eficácia mandamental e de efeito; se ainda não tiver havido efetivação, só se terá a “eficácia” para destruir. É imperioso observar que, se, no plano concreto, há incompatibilidade entre as duas sentenças (improcedência da “lide principal” e procedência da sentença cautelar), no plano

<sup>1099</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 191, p. 365, jan. 2011.

<sup>1100</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 74 e 185, respectivamente.

<sup>1101</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. “Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar”. *Temas atuais das tutelas diferenciadas*. Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenação de Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272 e 278-279.

abstrato, elas convivem harmonicamente. Nada acontece à eficácia sentencial cautelar declaratória. Nada pode mudar o reconhecimento de que o direito substancial de cautela existiu. Por conseguinte, não se retira do mundo jurídico toda a sentença de procedência cautelar<sup>1102</sup>.

Uma última questão relativa ao direito substancial de cautela apresenta-se oportunamente relevante. O requerimento de emprego da técnica antecipatória, sendo um pedido de tutela do direito, obedece ao princípio da demanda (arts. 2º, 141 e 492 do CPC/2015). O art. 295 dispõe claramente: “a tutela provisória será requerida”. Nessa perspectiva, ainda é possível a concessão da tutela jurisdicional cautelar de ofício? Na dogmática que presidiu o CPC/1973, admitia-se a prestação de tutela cautelar de ofício pelo juiz sob o equivocado fundamento de que o juiz não estaria protegendo o “direito da parte” com a sua concessão, mas apenas o próprio “processo”. Compreendida a tutela cautelar como uma tutela do direito da parte, seu pedido submete-se à regra geral, que exige requerimento. Nessa perspectiva, e isso é uma relevante questão prática da tutela sumária dos direitos a partir do CPC/2015, não pode o juiz conceder tutela cautelar de ofício. É possível a ele, todavia, colaborando com a parte (art. 6º), consultá-la a respeito de seu interesse na concessão da tutela<sup>1103</sup>.

Definida essa questão, impõe-se investigar se há diferença entre as tutelas satisfativa e cautelar quanto aos pressupostos necessários para as suas concessões. Inicia-se com uma indagação: é correto considerar a tutela cautelar como proteção contra a morosidade do procedimento ordinário? A resposta requer uma reflexão mais apurada. De saída, observe-se que é possível proteger contra o perigo na demora mediante tutela satisfativa (tutela antecipada) ou mediante tutela cautelar, pois, em ambos os casos, o juiz está autorizado a tutelar atipicamente o direito, lançando mão das providências que entender como as mais adequadas e necessárias.

Diante dessa perspectiva, observa-se que, no direito moderno, em virtude de circunstâncias históricas e doutrinárias especiais, universalizou-se o uso da categoria que os juristas medievais indicavam como “*periculum in mora*”, como se apenas ela tivesse correspondência entre essa categoria e o tratamento jurisdicional do dano irreparável. Com base nesse pressuposto, por exemplo, a doutrina italiana tradicional, sob o *nomen juris* de tutela propriamente “cautelar”, admite a expedição de medidas judiciais de natureza

---

<sup>1102</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 191, p. 371-374, jan. 2011.

<sup>1103</sup> MITIDIERO, Daniel. *A antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. RT, 2017, p. 105-110.

meramente cautelar (as conservativas) bem como de medidas verdadeiramente antecipatórias do próprio direito material<sup>1104</sup>.

Acontece que a expressão “*periculum in mora*” é ambígua, pois, embora seja relativa ao elemento de urgência que justifica a concessão de um provimento judicial interino, representa também a possibilidade de concreção dois fenômenos que originam institutos diversos: tutela jurisdicional cautelar e técnica antecipatória<sup>1105</sup>. Calamandrei, que ainda hoje inspira as doutrinas brasileira e italiana<sup>1106</sup>, embora enquadrando todos os provimentos interinos no gênero “cautelar”, já tinha percebido esse fato, observando que o chamado “*pericolo di infruttuosità*” difere do “*pericolo di tardività*”<sup>1107</sup>. No primeiro caso, o problema do tempo pauta-se em uma situação objetiva de perigo ao direito que se deseja assegurar ou garantir eficácia, enquanto, no segundo, o provimento interino visa a acelerar, de modo provisório, a satisfação do direito frente à demora do processo ordinário<sup>1108</sup>.

Deve ser considerada, portanto, a distinção entre o provimento judicial, que “conserva” e protege um possível direito, para ser certificado ou executado no futuro, e o provimento judicial, que já “satisfaz” antecipadamente este direito no plano dos fatos<sup>1109</sup>. Em termos mais precisos, não obstante a redação do Enunciado n° 143 do FPPC<sup>1110</sup>, deve-se distinguir o perigo de dano (*pericolo di infruttuosità*), que é pressuposto da tutela jurisdicional cautelar, do perigo de demora ou tardança (*pericolo di tardività*), que é pressuposto da técnica antecipatória<sup>1111</sup>. Observe-se, nesse contexto, que o *pericolo di infruttuosità* está no plano do direito material, ao passo que o *pericolo di tardività* encontra-se no plano exclusivamente processual, como técnica de aceleração de julgamento. Assim, se a necessidade é acelerar a entrega da tutela jurisdicional satisfativa ou cautelar, porque sua própria efetividade está sujeita a um perigo de demora, se comparada ao rito ordinário, a solução é antecipar essa tutela. Do contrário, se o perigo é de dano ao direito ou situação juridicamente tutelável, faz-

<sup>1104</sup> DENTI, Vittorio. *La giustizia civile: lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 130.

<sup>1105</sup> TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014, p. 189-196.

<sup>1106</sup> No que se refere à doutrina italiana, Cf. CAPONI, Remo. “Piero Calamandrei e la Tutela Cautelare”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXVII (Seconda Serie) – n. 5, p. 1252, sett./otto. 2012.

<sup>1107</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936, p. 17 e 55-58.

<sup>1108</sup> No mesmo sentido, Cf. TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d’urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983, p. 127,129, 133, 141 e 204.

<sup>1109</sup> ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 CPC*. 2.ª ed. Padova: Cedam, 1985, p. 48-59.

<sup>1110</sup> Enunciado n° 143 do FPPC: “A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

<sup>1111</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. “A tutela provisória de urgência do CPC de 2015 na perspectiva dos diferentes tipos de *periculum in mora* de Calamandrei”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 269, p. 281, jul. 2017.

se necessário garantir a sua efetividade futura, o que se faz mediante a tutela cautelar, que, se exposta a perigo de demora, também pode ser antecipada<sup>1112</sup>.

Ora, se a técnica antecipatória também é um instrumento de efetividade da própria tutela jurisdicional cautelar, não tem sentido estabelecer níveis de cognição para o deferimento das medidas urgentes<sup>1113</sup>, como entende uma parte da doutrina. Em outras palavras, a natureza cautelar ou satisfativa do pedido envolvendo a técnica antecipatória não sofre diferenciação quanto ao grau cognitivo de convencimento judicial, pois, nos dois casos, estabelece-se juízo de probabilidade em relação aos pressupostos do deferimento<sup>1114</sup>.

O CPC/2015, corretamente, exige como requisito da urgência apenas o “perigo de dano”, que, a rigor, deve ser entendido como perigo de um efetivo prejuízo. O perigo pode dizer respeito a um dano que seja, certamente, reparável. Em segundo lugar, tal como facilmente se extrai da leitura do art. 497, parágrafo único, do CPC/2015, o perigo não precisa ser exclusivamente de dano, porque o ilícito — ainda que não venha necessariamente a causar dano — deve ser neutralizado diante do problema do tempo processual. Com efeito, para não incorrer em confusão conceitual, deve-se ler o art. 305 no contexto sistemático do CPC/2015, e não isoladamente<sup>1115</sup>.

Observe-se, finalmente, que, qualquer que seja o seu fundamento, a técnica antecipatória tem como pressuposto a probabilidade do direito, isto é, de uma convicção judicial formada a partir de uma cognição sumária das alegações da parte. No CPC/1973, a técnica da antecipação de tutela estava condicionada à existência de “prova inequívoca” capaz de convencer o juiz a respeito da “verossimilhança da alegação”. Trata-se de evidente contradição, pois, se a prova gera um juízo inequívoco de convencimento, não se pode julgar mediante juízo de mera probabilidade. A tutela sumária, atualmente, pode ser concedida mediante oitiva de apenas uma das partes ou fundada em quadros probatórios incompletos, e a questão da irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º), por não ser um critério absoluto<sup>1116</sup>, pode ser superada no caso concreto<sup>1117</sup>, pois, do contrário, o “direito provável”

---

<sup>1112</sup> TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014, p. 34, 91, 96-100, 114.

<sup>1113</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. “A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: consequências para o escopo de sistematização”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 118, p. 289-302, nov./dez. 2004.

<sup>1114</sup> TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014, p. 81-83 e 110.

<sup>1115</sup> RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. “Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 282-286, jan./jun. 2015.

<sup>1116</sup> Conforme o Enunciado n° 419 do FPPC, “não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis”.

deveria sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao “direito improvável”<sup>1118, 1119</sup>.

Estabelecidas essas reflexões, impõe-se, agora, verificar a influência do direito estrangeiro, principalmente da França, sobre o instituto da estabilização da tutela antecipada, repita-se, uma técnica processual apta a viabilizar a tutela do direito a prestações de saúde pública, mas que, a priori, não impede a prática de diálogos interinstitucionais destinados a compatibilizar a governabilidade democrática e a universalização de medidas que normalmente são reclamadas pela sociedade.

#### 4.2.2 Do *référé* francês e sua influência sobre a tutela sumária na Itália

Antes da análise da nova sistemática brasileira, impõe-se refletir, ainda que resumidamente, a respeito da tutela sumária dos direitos na Europa, especialmente na França, com o instituto do *référé*<sup>1120</sup>, e, por influência deste, na Itália. E a razão é simples, pois, como destaca Michele Taruffo<sup>1121</sup>, a busca de harmonização e uniformização dos institutos processuais, no mundo atual, é um efeito da globalização, ao permitir o acesso rápido à informação. É preciso alertar, todavia, que o processo não se traduz em mera técnica, que possa ser importada de forma neutra, porque, para além dessa constatação, é reflexo da ideologia e deve ser compreendido como o resultado da combinação de uma pluralidade de fatores que vão da tradição jurídica à experiência histórica de uma nação, da Economia à Política, à Moral e à Cultura, os quais orientam o legislador em suas várias fases históricas, influenciando também sobre a jurisprudência e as teorias elaboradas pela doutrina processual<sup>1122</sup>.

<sup>1117</sup> Assim dispõe o Enunciado nº 25 da ENFAM: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)”.

<sup>1118</sup> A probabilidade da existência do direito, nessa perspectiva, é o critério essencial. Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 40 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF: “A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível”.

<sup>1119</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas”. *O novo código de processo civil: questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 329-332.

<sup>1120</sup> Sobre o tema, Cf. LEVAL, Georges de. “Le référé em Droit Judiciaire Privé”. *Actualités du Droit: les procédures d’urgence. Revue de la Faculté de Droit de Liège*. Bruxelles, 1992, p. 855-891; LEWALLE, Paul. “Le référé administratif”. *Actualités du Droit: les procédures d’urgence. Revue de la Faculté de Droit de Liège*. Bruxelles, 1992, p. 893-1002; DRAGO, Roland. “La procédure de référé devant le Conseil d’Etat”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et a L’étranger*. Paris, n. 20, p. 297-316, 1953; BLANCA, Pastor; GINDERACHTER, Eric Van. “La procédure em référé”. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, année 25, n. 4, p. 561-621, oct./déc. 1989.

<sup>1121</sup> TARUFFO, Michele. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 24-28.

<sup>1122</sup> TARUFFO, Michele. “Ideologie e teorie della giustizia civile”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 49-60, set. 2015.

É correto o entendimento, portanto, de que o estudo do Direito estrangeiro deve sempre ser realizado na perspectiva da realidade cultural do país que nele pretenda inspirar-se<sup>1123</sup>. Nessa perspectiva, impõe-se logo observar que, de uma maneira geral, o direito europeu regulamentou a “autonomização da cognição sumária” em relação ao processo de cognição plena, o que permite que a decisão baseada em cognição sumária seja hábil, por si só, a resolver a crise de direito material, sem que prossiga, necessária e obrigatoriamente, com o processo de cognição aprofundada.

O instituto do *référé* é antigo no direito francês. O seu nascimento oficial remonta ao Decreto Real de 22 de janeiro de 1685, no âmbito do *Châtelet* de Paris. Posteriormente, restou incorporado ao Código de Processo de 1806. Desde sua concepção inicial, já se percebia que os casos de urgência, se não decididos de forma imediata, poderiam trazer um prejuízo irreparável ao requerente<sup>1124</sup>. Historicamente, portanto, o *référé* surgiu vinculado à “cláusula geral de urgência”, sendo interessante observar que o legislador, abandonando a técnica da tipificação, atribuiu-a ao juiz, para conformá-la às peculiaridades do caso, abandonando, por assim dizer, a técnica da tipificação<sup>1125</sup>.

Atualmente, o *Code de Procédure Civile* francês de 1975 disciplina genericamente as *ordonnances de référé* nos arts. 484-492, particularizando-as para cada uma das jurisdições nos arts. 808-811, 848-850, 872-873, 893-896 e 956-957. A situação de urgência não é mais um pressuposto absolutamente necessário, pois, a partir da instituição do *référé provision*, em 1973, também é admitido com fundamento na mera evidência do direito<sup>1126</sup>. Trata-se de uma modalidade de provimento decisório sem acerto do direito, ou seja, sem aptidão para transitar em julgado. Assegura-se, dessa forma, a fruição dos efeitos práticos decorrentes do direito invocado, mas a decisão é precária ou provisória (art. 484 do CPC francês), pois é fundada em juízo de cognição sumária<sup>1127</sup>.

Apesar dessa inaptidão para a indiscutibilidade, importa perceber que o provimento do *référé* é dotado de autonomia procedimental, tendo em vista a sua capacidade de resolver o

<sup>1123</sup> Ilustrativamente, Cf. CAPONI, Remo. “Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile”. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, anno LVII, fasc. 2, p. 1049, mar./apri. 2012.

<sup>1124</sup> CHAINAIS, Cécile. *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en Droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007, p. 71.

<sup>1125</sup> BONATO, Giovanni. “Os *référés*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 218-220, dez. 2015.

<sup>1126</sup> Para uma ampla visão acerca do *référé provision*, Cf. JOMMI, Alessandro. “Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il *référé provision*”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno XLIII, n. 1, p. 121-164, gen./feb. 1997.

<sup>1127</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. “O *référés* francês”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 203, p. 100-101, jan. 2012.

litígio<sup>1128</sup>. Mesmo que as questões fáticas da lide sejam apreciadas sem o esgotamento das possibilidades legais de investigação probatória, a decisão tem força para solucionar a desavença entre as partes. Sustenta-se, nesse contexto, que o sucesso do instituto, somado à simplicidade e à rapidez procedimental, passa pela sua executividade imediata, eficácia que, paradoxalmente, não se atribui às sentenças de primeira instância, sabidamente proferidas mediante juízo de cognição aprofundada<sup>1129</sup>.

Também é digno de destaque o fato de que, além dessa concepção procedimental, o termo “*référé*” refere-se, no atual sistema jurídico da França, a um “órgão jurisdicional”, o “juiz dos *référés*”, autônomo em relação ao chamado “juiz de mérito”. Qualquer órgão jurisdicional francês pode emitir ordens de *référé*, com exceção da Corte de Cassação e do Conselho Constitucional, destacando-se que elas, por exigência da dinamicidade que é inerente ao instituto, são normalmente proferidas por juízos monocráticos<sup>1130</sup>. Cria-se, de acordo com esse modelo, a opção entre duas espécies de órgãos jurisdicionais, as quais se diferenciam pela aptidão ou não de o provimento transitar em julgado. É preciso perceber, contudo, que é possível a instauração paralela entre os dois procedimentos, pois não há vinculação absoluta entre eles, não há litispendência nem conexão, por conta de as eficácias dos atos conclusivos dos respectivos procedimentos serem diversas<sup>1131</sup>.

Quanto ao procedimento, há contraditório<sup>1132</sup>. Observe-se que, se a situação for de extrema urgência, é possível a concessão de uma liminar *inaudita altera parte*, caracterizando o instituto da “*ordonnance sur requête*” de que tratam os arts. 493-498 do CPC<sup>1133</sup>. No que tange ao *référé*, importa observar que a *ordonnance* somente é evitada por intermédio de defesa dotada de seriedade. É que a ordem de *référé* tem como pressuposto a existência de obrigação “não seriamente contestável”. Sendo assim, conforme a doutrina francesa, o

<sup>1128</sup> BONATO, Giovanni. “I *référé* nell’ordinamento francese”. *La tutela sommaria in Europa: studi*. A cura di Antonio Carratta. Napoli: Jovene, 2012, p. 42.

<sup>1129</sup> BONATO, Giovanni. “Os *référés*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 220-221, dez. 2015.

<sup>1130</sup> Ilustrativamente, como exceção à regra, destaca-se que, nas questões trabalhistas, o *Code du Travail* disciplina que a ordem de *référé* seja procedida de análise colegiada (*référé prud’homal*). Essa colegialidade também é exigida perante a Corte de Apelação.

<sup>1131</sup> BONATO, Giovanni. “Os *référés*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 218 e 224-227, dez. 2015.

<sup>1132</sup> Diferentemente do que ocorre com a estabilização da tutela antecipada do direito brasileiro (art. 304 do CPC), a qual deve ser concedida sem a oitiva da parte contrária. Nesse sentido, Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 487-488.

<sup>1133</sup> BONATO, Giovanni. “Os *référés*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 233-235, dez. 2015.

devedor condenado no âmbito do *référé* só usa o processo de cognição aprofundada, se realmente existe motivo sério, para contestar a obrigação<sup>1134</sup>.

O procedimento do *référé* é pautado pela celeridade e flexibilidade. Como, no direito francês, não existe o processo cautelar, a função cautelar *lato sensu* é obtida por intermédio do procedimento do *référé*. Em outros termos, o CPC francês cuida basicamente do processo de cognição — sequer regula a execução de título judicial —, e é nele que se insere a disciplina do *référé*. Para o seu ajuizamento, não é obrigatória a representação da parte por advogado, mas, repita-se, é importante ressaltar que o procedimento do *référé* desenvolve-se sob o signo do contraditório, pautado pela oralidade e concentração dos atos na audiência, com apenas suas linhas delineadas no Código de Processo Civil, o que permite maior liberdade e mobilidade judicial na condução do procedimento, podendo o juiz, inclusive, se entender necessário, determinar medidas de instrução antes de deliberar sobre o pedido.

A decisão, como já mencionado, não faz coisa julgada material, mas é dotada de ampla executividade e eficácia, para resolver a crise de direito material, independentemente do cabimento de recurso. No particular, observa-se que, quando a ordem de *référé* é proferida no primeiro grau, a decisão revela-se apelável e impugnável com a *opposition* prevista no art. 400 do CPC, ao passo que, se proferida pela Corte de Apelação, será recorrível perante a Corte de Cassação<sup>1135</sup>.

Nesse contexto, a decisão deve ser motivada, e o juiz pode subordinar a execução da medida à constituição de uma garantia (art. 489 do CPC francês). É possível solicitar medidas de cautela e contracautela, ou seja, como temperamento à imediata eficácia da ordem, além da exigência de caução por parte do requerente da medida<sup>1136</sup>, é possível solicitar ao presidente do tribunal a paralisação da execução do *référé*, caso o provimento possa acarretar consequências manifestamente excessivas. Contudo, a regra geral é bastante clara: a decisão do *référé*, similarmente ao que ocorre com as *injunctions* anglo-americanas<sup>1137</sup>, é completa no

<sup>1134</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela da evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC*. São Paulo: RT, 2013, p. 124.

<sup>1135</sup> BONATO, Giovanni. “Os *référés*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 230, dez. 2015.

<sup>1136</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. “A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 34, abr. 2012.

<sup>1137</sup> As *injunctions*, conforme prelecionam Geoffrey C. Hazard JR. e Michele Taruffo, já não são consideradas uma forma extraordinária de prestação jurisdicional, pois são bastante utilizadas quando o processo civil atua como indutor de comportamento. Nessa perspectiva, trata-se de ordem dirigida a particulares ou agentes públicos, envolvendo diversas obrigações de fazer. Na experiência norte-americana, tem sido o instrumento principal em matéria de luta contra a segregação racial, concorrência desleal e proteção do meio ambiente. Como são ordens pessoais, o seu descumprimento pode ser sancionado como *contempt of court*, civil ou penal. Cf. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven / London: Yale University Press, 1993, p. 156-159.

que diz respeito à sua executividade e à capacidade para tutelar o direito material<sup>1138</sup>, uma vez que, proferida a decisão, e não havendo impugnação com eficácia suspensiva, a execução ocorre nos mesmos moldes de um julgamento proferido com cognição exauriente<sup>1139</sup>. Afinal, não é racional estabelecer distinções entre as formas executivas a partir de critério exclusivamente derivado do aprofundamento cognitivo para a tomada de decisão<sup>1140</sup>.

O *référé*, normalmente, é instaurado perante o juiz competente de forma prévia à instauração do procedimento de cognição plena, mas a jurisprudência, recentemente, passou a admitir também a instauração do *référé* no curso do processo de cognição plena. A provisoriedade da decisão, repita-se, reside na possibilidade de tal decisão ser questionada em futuro e eventual processo de cognição plena, todavia, embora possível, a expectativa é a de que o demandado não exerça esse direito de questionar a medida, que, mesmo sem a potencialidade para operar a coisa julgada, já pode solucionar o litígio e produzir efeitos indefinidamente<sup>1141</sup>. É que o procedimento dos *référés* é marcado pela independência em relação à existência de um processo de mérito em curso ou porvir, de modo que a sua decisão é fundada e marcada pela provisoriedade, por produzir efeitos com duração indeterminada<sup>1142</sup>. Em outros termos, concedida a tutela provisória do direito material, a perspectiva criada é no sentido de que, embora possível, não seja necessário que as partes instaurem o processo de cognição plena. É essa a fórmula de sucesso do instituto, pois é exercido com prudência e responsabilidade pelos juízes<sup>1143</sup>.

<sup>1138</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 301-305. No mesmo sentido, Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 119-122.

<sup>1139</sup> PERROT, Roger. “L’effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XXXIX, n. 4, p. 854-855, dic. 1985.

<sup>1140</sup> CARPI, Federico. “Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 1, p. 113, mar. 1988.

<sup>1141</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. “A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 34-35, abr. 2012.

<sup>1142</sup> PAIM, Gustavo Bohrer. “O *référés* francês”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 203, p. 107, jan. 2012.

<sup>1143</sup> Roger Perrot revela-se efusivamente entusiasmado em relação ao instituto: “Acrescentaremos apenas que o ‘*référé provision*’, introduzido na França em 1973, experimentou desde então considerável desenvolvimento, especialmente em matéria de responsabilidade civil e nos litígios relativos à construção imobiliária. Mas particularmente interessante é a verificação de que, em muitos casos, o processo se detém no patamar do provisório, pois o réu, consciente de que sua causa é indefensável, nem sequer tenta dar continuação ao feito no tribunal. Em tal hipótese, lucram todos: autor, que terá obtido rapidamente o que lhe era devido, e a Justiça, ao desencorajar uma resistência sem esperança. Não é exagero dizer que o ‘*référé provision*’ constitui uma das inovações mais marcantes deste fim de século e tem sem dúvida o mais belo futuro diante de si”. Cf. PERROT, Roger. “O processo civil francês na véspera do século XXI”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 342, p. 165, abr./jun. 1998.

Observe-se que há autonomia procedimental, inclusive, apesar do silêncio legislativo, a prática forense tem reconhecido que o provimento de *référé* não perde a eficácia pela não instauração do juízo de mérito, de modo que a *ordonnance* possui eficácia *sine die*. “Instaura-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo”<sup>1144</sup>. O interessante, todavia, é que mais de 90% dos casos acabam resolvidos sem a necessidade do processo ordinário<sup>1145</sup>. Tem-se defendido, no particular, que é exatamente a ausência de fixação de prazo, para que o réu exija a cognição exauriente, o fator essencial para o sucesso do modelo. É que a experiência comum demonstra que sempre que se fixa um termo, a tendência natural é que a parte faça uso desse ônus. É o que vem ocorrendo, por exemplo, na Itália, que tem instituto similar (art. 186 do CPC italiano), com a instrumentalidade atenuada da tutela cautelar<sup>1146, 1147</sup>.

Os *provvedimenti d’urgenza* previstos no art. 700 do *Codice di Procedura Civile* italiano, tradicionalmente, sempre possibilitaram ao juiz, mediante cognição sumária, conceder medidas interinas com a capacidade de “satisfazer”, desde logo, o direito ameaçado ou violado, ou simplesmente “assegurar” a sua concretização futura<sup>1148</sup>. Esse sistema unitário, todavia, englobando medidas interinas com caráter satisfativo e cautelar, restou modificado pelas recentes reformas processuais. É que o sistema italiano, rompendo com a sua mencionada tradição, buscou inspiração no *référé* francês<sup>1149</sup>, para quebrar o vínculo necessário entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição plena e exauriente<sup>1150</sup>, demonstrando que, na atualidade, a tutela urgente na Itália é muito mais variada e complexa em comparação àquela originariamente prevista pelo *Codice di Procedura Civile*. Consolidou-se, assim, uma tendência de acolher, como princípio verdadeiramente geral, a

<sup>1144</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu”. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. Coordenação de Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 407.

<sup>1145</sup> RICCI, Edoardo Flavio. “Verso un nuovo processo civile?”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LVIII, n. 1, p. 216, gen./mar. 2003.

<sup>1146</sup> Para um resumo acerca do atual modelo italiano, Cf. BONATO, Giovanni. “A estabilização da tutela antecipada de urgência no código de processo civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália)”. Tradução de Alexandre Minatti e Guilherme Tambarussi Bozzo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 273, p. 203-208 e 225-226, nov. 2017.

<sup>1147</sup> BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela da evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC*. São Paulo: RT, 2013, p. 125-126.

<sup>1148</sup> MITIDIERO, Daniel. “A técnica antecipatória na perspectiva do direito comparado”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 10, n. 57, p. 31, nov./dez. 2013.

<sup>1149</sup> BUONCRISTIANI, Dino. “Sistema dei ‘référés’: tutela cautelar dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 2, p. 576, giu. 2006.

<sup>1150</sup> GRAZIOSI, Andrea. “La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 147, mar. 2009.

regra segundo a qual o provimento de antecipação da tutela satisfativa tenha eficácia potencialmente eterna, embora não revestido de coisa julgada material<sup>1151</sup>.

A reforma processual, nesse sentido, iniciou-se com o Decreto Legislativo n. 5/2003, que estabeleceu a autonomia da tutela sumária concedida no denominado “processo societário”<sup>1152</sup>. Se dúvidas existiam, por força da tradição, foram eliminadas a partir da Lei n.º 80/2005, que, aplicada quanto às outras matérias, disciplinou a ausência de necessidade de ajuizamento da demanda principal após o deferimento de medida interina de caráter satisfativo<sup>1153</sup>.

Essas duas intervenções legislativas possibilitaram a interpretação sistemática dos arts. 669-*octies*, 669-*novies* e 700 do *Codice di Procedura Civile* italiano, no sentido de que só há necessidade de ajuizamento do processo dito “principal”, quando se tratar de provimento de natureza meramente cautelar<sup>1154</sup>. A clássica e tradicional instrumentalidade, portanto, permanece apenas em relação às medidas assecuratórias (cautelares)<sup>1155</sup>. Em outros termos, na Itália, deferida uma medida cautelar preparatória, atribui-se ao requerente o ônus de ajuizar a demanda principal no prazo de sessenta dias, exigência que, repita-se, não se aplica mais às tutelas de urgência de natureza satisfativa.

É interessante observar que a doutrina italiana insiste que há *strumentalità attenuata*<sup>1156</sup> em relação aos provimentos de caráter satisfativo, entendidos como os que não sirvam exclusivamente para conservar a situação de fato ou de direito em vista de uma futura execução forçada. Essa expressão, todavia, não se revela correta, pois não corresponde à mudança paradigmática da reforma processual mencionada. Ora, se o provimento, mesmo se houvesse possibilidade de formar coisa julgada, revela-se autônomo, não há que se falar em instrumentalidade<sup>1157</sup>. Não se vislumbra uma relação entre meio e fim. O que se percebe, assim como na estabilização da tutela antecipada brasileira (art. 304), é que o provimento judicial satisfativo decorrente de alguns dos dispositivos italianos mencionados tem aptidão

<sup>1151</sup> RICCI, Edoardo F. “Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália”. Traduzido por Mariulza Franco. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 07, p. 90, jan./mar. 1998.

<sup>1152</sup> Para uma visão crítica acerca dessa inovação procedimental, Cf. CHIARLONI, Sergio. “Il rito societario a cognizione piena: un modello processuale da sopprimere”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 3, p. 865-874, sett. 2006.

<sup>1153</sup> RICCI, Edoardo F. “A evolução da tutela urgente na Itália”. *Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Donaldo Armelin coordenador. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 379-383.

<sup>1154</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência (do CPC/1973 ao CPC/2015)*. São Paulo: RT, 2015, p. 172-175.

<sup>1155</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 471.

<sup>1156</sup> Ilustrativamente, Cf. CAPONI, Remo. “La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale nell’ordinamento italiano”. *Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Donaldo Armelin coordenador. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 988-993.

<sup>1157</sup> TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014, p. 154-155.

para produzir efeitos definitivamente, resolvendo a parcela do litígio sem a necessidade de qualquer outra intervenção judicial<sup>1158</sup>.

Dessa forma, observa-se que, na Itália, passou-se de um modelo único de tutela urgente para um modelo dúplice, de modo que, quanto às tutelas antecipadas satisfativas, a autonomia procedimental manifesta-se no sentido de que a eficácia da medida somente cessa na eventual hipótese de ser proferida ulterior decisão em sede de cognição aprofundada<sup>1159</sup>. Sendo assim, pode-se concluir que, próximo ao que tradicionalmente ocorre no sistema francês dos *référés*, no atual sistema jurídico italiano, os *provvedimenti d'urgenza* de natureza satisfativa, seguindo tendência transnacional, colocam-se à disposição do jurisdicionado como uma via autônoma de tutela do seu direito marcada pela rapidez procedimental e pelo caráter sumário da cognição judicial, que, por sua vez, impede o selo da coisa julgada material<sup>1160</sup>.

Esses sistemas francês e italiano, como dito, inspiraram o legislador brasileiro, que disciplinou por aqui, com ares de novidade, o instituto da estabilização da tutela antecipada, que será estudado a seguir, por ser tratar de uma técnica apta a viabilizar a tutela do direito a prestações de saúde pública.

#### **4.2.3 Da tutela antecipada antecedente e a fixação do cabimento da estabilização da tutela antecipada nas demandas por prestações de saúde pública**

Como a “crise da justiça” é um fenômeno mundial<sup>1161</sup>, o legislador brasileiro, por intermédio do CPC/2015, procurou estabelecer mecanismos procedimentais descomplicados de resolução de litígios e, ao mesmo tempo, concretizadores de valores constitucionais<sup>1162</sup>.

<sup>1158</sup> Neste caso, conforme preleciona Edoardo Ricci, “o provimento antecipatório, exatamente porque visa provocar a satisfação do direito, pode reduzir a aspiração das partes à pronúncia da sentença de mérito, assumindo uma função deflacionária da litigiosidade”. RICCI, Edoardo F. “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”. Traduzido por José Rogério Cruz e Tucci. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 06, p. 702, set./dez. 1997.

<sup>1159</sup> RICCI, Edoardo F. “A evolução da tutela urgente na Itália”. *Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Donaldo Armelin coordenador. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 384.

<sup>1160</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu”. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. Coordenação de Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 414-416.

<sup>1161</sup> De uma maneira geral, tem-se afirmado que os problemas centrais estão relacionados à eficiência e à efetividade do processo, seus custos, a realização e a tutela não só de direitos individuais, mas também coletivos, e a harmonização das legislações locais, quando comparada à regulamentação transnacional. Nesse sentido, Cf. CARPI, Federico. “Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LIV, n. 1, p. 105, mar. 2000.

<sup>1162</sup> NUNES, Camila. “Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 246, p. 497-508, ago. 2015.

Dignos de destaque são os provimentos fundados, quanto à realidade do direito material a ser tutelado, em situação de urgência. Nessa perspectiva, pressupõe-se, neste estudo, que as tutelas jurisdicionais fundamentadas na urgência possuem fundamento constitucional (art. 5º, XXXV) e são diferenciadas em virtude da situação periclitante do direito material, que não seria adequadamente protegido pelo rito padrão ordinário, marcado pela neutralidade em relação àquele<sup>1163</sup>. Nesse aspecto, pode-se dizer que o direito brasileiro avançou bastante, pois, diante do atual contexto de globalização de informações acerca de experiências jurisprudenciais, procura se alinhar aos modernos ordenamentos processuais, na tentativa de buscar técnicas processuais eficientes, para tutelar o direito material, sem perder de vista as garantias inerentes ao direito de defesa.

Inicialmente, criou-se o instituto da “tutela antecipada antecedente” (art. 303). De acordo com a sua disciplina legislativa, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a exemplo da extrema necessidade de realização cirúrgica para salvar a vida do paciente, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. Na petição, além de indicar que pretende valer-se do instituto mencionado, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Concedida a tutela antecipada, o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar. De igual modo, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação. Não havendo autocomposição, iniciar-se-á o prazo para a eventual resposta do réu.

Observe-se que, não realizado o aditamento pelo autor, o processo será extinto sem resolução do mérito. Esse aditamento à petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. Impõe-se perceber, todavia, que, em sentido contrário ao que foi exposto até agora, caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Como se percebe, a tutela antecipada antecedente caracteriza-se por ser aquela

---

<sup>1163</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 155-166.

requerida e concedida antes da apresentação da “lide” em sua totalidade<sup>1164</sup>. A busca pela concessão da liminar, ou seja, pelo provimento de tutela antecipada antecedente, tem dupla finalidade: em primeiro lugar, permitir que o autor desenvolva, com maior zelo, o pedido de tutela antecipada satisfativa naquelas situações em que a urgência impõe a propositura imediata da ação, na medida em que poderá aprofundar as questões que versam sobre o pedido principal após ter formulado pedido de tutela antecipada; em segundo lugar, permitir a eventual “estabilização dos efeitos” da tutela antecipada antecedente.

A estabilização, como parte de uma tendência à sumarização do processo<sup>1165</sup>, deve ser pensada como um benefício do autor, que, diante da inércia do réu, não precisará mais controverter a “lide principal” naquele mesmo processo, pois já obteve, com base em juízo sumário, os efeitos pretendidos com a tutela final definitiva. Nas palavras de Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz, “dá-se autonomia à tutela sumária que agora não mais se vincula, obrigatoriamente, a uma posterior validação, revisão, modificação ou mesmo a revogação por outra decisão, esta última com pretensão de juízo de verdade”<sup>1166</sup>. Como já dito, trata-se de uma absoluta novidade no sistema processual brasileiro, marcada pela autonomia da tutela antecipada satisfativa<sup>1167</sup>, que, certamente, tem inspiração na mencionada ordem de *référé* francesa.

Nos termos do art. 304 do CPC/2015, a tutela antecipada antecedente torna-se estável, se, da decisão que a conceder, não for interposto o respectivo “recurso”, ou seja, caso se trate de provimento liminar concedido pelo primeiro grau de jurisdição, se não for interposto o agravo de instrumento, o processo será extinto, estabilizando-se os efeitos da tutela jurisdicional concedida. Qualquer das partes, todavia, poderá demandar a outra, no prazo de dois anos, com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, mas, enquanto não for proposta essa demanda revisional, os efeitos do provimento serão conservados na prática. Ademais, qualquer delas poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da “ação” que pretende questionar os efeitos da tutela antecipada antecedente, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. Observe-se que a decisão que concede a tutela, por ser fundada em

---

<sup>1164</sup> RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha. “Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 289, jan./jun. 2015.

<sup>1165</sup> CHIARLONI, Sergio. “Nuovi modelli processuali”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno XXXIX, n. 2, mar./apr. 1993, p. 284.

<sup>1166</sup> LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. “Estabilização da tutela antecipada no código de processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 260, p. 108, out. 2016.

<sup>1167</sup> MITIDIERO, Daniel. “Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, n. 63, p. 24-25, nov./dez. 2014.

cognição sumária, não fará coisa julgada<sup>1168</sup>, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida na mencionada “ação revisional” (ação inversa).

Para a estabilização da tutela antecipada, devem ser preenchidos alguns pressupostos<sup>1169</sup>. Exige-se, como primeiro pressuposto, que o autor formule requerimento da tutela antecipada “satisfativa”<sup>1170</sup> em caráter “antecedente”<sup>1171</sup>, demonstrando a urgência da sua situação, e a liminar deve ser concedida sem prévia oitiva do réu. No particular, observa-se que, quanto às demandas por prestações de saúde pública, o instituto enquadra-se perfeitamente nas situações delimitadas no que se denominou, neste estudo, de “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, ou seja, situações de extrema urgência, que, por impossibilitar qualquer diálogo interinstitucional, autorizam a concessão de uma liminar. Nesses casos, portanto, a decisão apresenta-se como uma necessidade imperiosa, para a tutela adequada do direito à saúde, e, por força do estado de extrema urgência, qualifica-se como situações de irreversibilidade recíproca quanto aos efeitos do provimento.

Observe-se que, apesar de ter avançado em direção à autonomia das tutelas sumárias, “faltou ao novo Código de Processo Civil conceder estabilidade à tutela antecipada quando não requerida em caráter antecedente ou mesmo nos casos de tutela de evidência, se da decisão concessiva não for interposto recurso”<sup>1172</sup>. Assim, a estabilização não é cabível em relação à técnica antecipatória da tutela cautelar (Enunciado n° 420 do FPPC), diante da sua

<sup>1168</sup> LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. “Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada”. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno, Elias Marques de Medeiros Neto, Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira e Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 201 e 206.

<sup>1169</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 606-611.

<sup>1170</sup> “Satisfatividade”, como observa José Miguel Garcia Medina, é um termo que pode ter vários significados, todos eles abrangendo hipóteses de cabimento do procedimento previsto no art. 304 do CPC/2015. O primeiro sentido diz respeito à “irreversibilidade dos efeitos” da medida, como no caso da liminar que autoriza a transfusão de sangue. Um outro sentido está relacionado à “autossuficiência” da medida, a exemplo de uma liminar concedida em demanda de busca e apreensão de filho menor, ajuizada por um dos cônjuges ou por um dos companheiros contra o outro, em decorrência do término do tempo de visita. O terceiro sentido relaciona-se com a coincidência entre aquilo que se concede liminarmente e aquilo que se pede em caráter principal, como na liminar de reintegração de posse. Os provimentos concedidos nos dois primeiros sentidos de satisfatividade são naturalmente vocacionados a tornarem-se “tutelas satisfativas autônomas”, ao passo que os concedidos no terceiro sentido, ainda que, como regra, interinos, podem ser disciplinados pela ordem jurídica, de modo a que seja “estimulada sua autonomização”. Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015, p. 481-482.

<sup>1171</sup> Luiz Guilherme Marinoni entende que, “ao admitir a estabilização da tutela antecipada requerida na forma antecedente, o art. 304 aceitou implicitamente a estabilização da tutela antecipada requerida na petição inicial da ação regularmente proposta”. Do contrário, retirar-se-ia a coerência da estabilização da tutela antecipada ou, pior do que isso, haveria estímulo ao autor para fingir ou simular uma situação de extrema urgência no momento da propositura da demanda. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 235.

<sup>1172</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas”. *O novo código de processo civil: questões controversas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 339.

natureza temporária e do seu vínculo de referibilidade a outro direito material. A tutela antecipada requerida em caráter incidental, igualmente, não enseja estabilização, o que demonstra que o instituto também não pode ser utilizado em favor do réu<sup>1173</sup>. A tutela fundada apenas na evidência do direito também não enseja a estabilização. No particular, trata-se de um equívoco do legislador<sup>1174</sup>, pois o instituto poderia ser mais bem aproveitado<sup>1175</sup>, conforme demonstra a experiência francesa em relação ao *référé provision (article 809 du Code de Procédure Civile)*.

O segundo pressuposto da estabilização da tutela antecipada é de caráter negativo, pois não pode haver manifestação do autor, na petição inicial, no sentido de ter o desejo de seguir adiante com o processo, após a obtenção da pretendida tutela antecipada. É correto o entendimento de que, para a estabilização da tutela antecipada, o réu precisa saber, de antemão, desse objetivo do autor<sup>1176</sup>, sob pena de violação aos princípios processuais da boa-fé e da confiança legítima<sup>1177</sup>. Se o autor declara, de forma expressa, que pretende valer-se da técnica prevista no art. 303 do CPC/2015, presume-se, salvo declaração inequívoca em sentido diverso, que ele estará satisfeito com a estabilização, na hipótese de a tutela antecipada ser deferida<sup>1178</sup>.

Em terceiro lugar, para que seja possível a estabilização, o réu, provavelmente se convencendo de que a decisão de primeiro grau — pelo menos no instante do proferimento — foi acertada, deve permanecer inerte, não interpondo o devido recurso de agravo de

---

<sup>1173</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Fredie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 183 e 190-191.

<sup>1174</sup> TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, jul. 2012, p. 31-34.

<sup>1175</sup> Para Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, “a técnica da estabilização, para surtir os efeitos desejados, deve ser interpretada de forma ampla, apta a incidir sobre todas as formas de *tutela*, tanto na forma antecedente quanto na incidental, e ainda na tutela de evidência antecipada. Somente a tutela cautelar deve ficar excluída da técnica da estabilização”. Cf. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela a evidência (do CPC/1973 ao CPC/2015)*. São Paulo: RT, 2015, p. 220.

<sup>1176</sup> SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo código de processo civil (tutela de urgência e tutela de evidência)*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 125-126.

<sup>1177</sup> Reputa-se correto, dessa forma, o entendimento de impossibilidade da estabilização da tutela antecipada nos casos de citação ficta. Nesse sentido, Cf. LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. “Estabilização da tutela antecipada no código de processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 260, p. 118, out. 2016.

<sup>1178</sup> Há quem defenda que, neste caso, assim como ocorre no rito societário italiano, há possibilidade de criação de negócio jurídico processual, sendo a convenção decorrente da opção inicial do autor e da aceitação tácita do réu. Cf. CHIARLONI, Sergio. “*Il rito societario a cognizione piena: un modello processuale da sopprimere*”. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 3, p. 872, sett. 2006.

instrumento<sup>1179</sup>. Se este for protocolado, mesmo que não seja conhecido, terá o efeito de impedir a estabilização. Na realidade, demonstrando a autonomia procedimental da tutela antecipada satisfativa, observa-se que o processo somente caminhará rumo à audiência de conciliação e mediação, se o réu recorrer, porque, do contrário, os efeitos do provimento interino serão estabilizados, e o processo deve ser extinto<sup>1180</sup>.

Como se percebe, o art. 304 do CPC/2015, indubitavelmente, é um dos mais polêmicos da nova legislação processual. De todo modo, podem ser estabelecidas algumas premissas conceituais acerca do instituto da estabilização da tutela antecipada. Inicialmente, registre-se que o instituto adota a chamada “técnica monitoria”<sup>1181</sup>, que possui os seguintes traços essenciais: a) tutela mediante cognição sumária, buscando-se acelerar a produção de resultados práticos; b) atribuição de força preclusiva intensa à inércia do réu; c) transferência ao réu do ônus da instauração do processo de cognição exauriente; d) ausência de produção de coisa julgada material<sup>1182</sup>.

Impõe-se explicitar melhor esse regime jurídico, e, de logo, não é demais repetir que a estilização da tutela antecipada satisfativa antecedente não se confunde com o instituto da coisa julgada, pois não há julgamento com carga declaratória suficiente, para tornar indiscutível a norma resultante da decisão. Mesmo com o transcurso do biênio para a interposição da demanda para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, apenas os “efeitos” práticos do provimento são estabilizados. Não se atinge, portanto, o conteúdo declaratório, que dá essência à coisa julgada<sup>1183</sup>. Ademais disso, como não houve reconhecimento definitivo do direito do autor, este não poderá invocar em outro

---

<sup>1179</sup> Em sentido contrário, por todos na doutrina, alegando que uma leitura constitucionalmente adequada remete à ampliação das possibilidades de se evitar a estabilização da tutela antecipada, por meio de diversos institutos (embargos de declaração, reclamação, pedido de suspensão de segurança, contestação, pedido de reconsideração etc.), Cf. LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. “Estabilização da tutela antecipada no código de processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 26, p. 115-1160, out. 2016.

<sup>1180</sup> MITIDIERO, Daniel. “Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, n. 63, p. 26, nov./dez. 2014.

<sup>1181</sup> A técnica monitoria envolve a formação de título executivo judicial, com supressão de toda a fase de conhecimento tendente à obtenção de sentença condenatória ou de um comando estatal com eficácia executiva equivalente. A obtenção desse procedimento, ao menos como regra, opera-se *inaudita altera parte*, com eficácia executiva plena sujeita à condição suspensiva de ausência de objeção do requerido em momento previamente definido pela ordem jurídica. Trata-se de provimento fundado em cognição limitada (parcial) e sumária, sendo digno de destaque ainda a existência de dois modelos, um denominado “puro” (modelo alemão), que dispensa a apresentação de qualquer prova por parte do autor, e o outro dito “documental” (modelo italiano). Nesse sentido, Cf. MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 263-264.

<sup>1182</sup> TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, p. 24, jul. 2012.

<sup>1183</sup> Nesse sentido, por todos, Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Coisa julgada e declaração”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 81-89.

processo, por exemplo, com base no provimento cujos efeitos estão estabilizados, uma espécie de “eficácia positiva da coisa julgada”<sup>1184</sup>. Não há dúvidas, dessa forma, de que se trata de institutos distintos<sup>1185</sup>.

Na estabilização da tutela antecipada, assim como ocorre na ação monitória (arts. 700-702 do CPC/2015), há uma inversão do contraditório, que será eventual. Há cognição sumária para resolver o conflito sem resposta do réu, atribuindo a este um ônus processual perfeito, cuja consequência negativa não só fatalmente virá, como também ocorrerá logo a seguir. Para Eduardo Talamini<sup>1186</sup>, “a rigor, o contraditório não é nem ‘eventual’, nem ‘invertido’. Simplesmente, não há contraditório, de início. O contraditório é postergado, porque se emite um provimento sem, antes, ouvir-se a parte contrária”. Observe-se que, nesse ponto, a solução brasileira, embora similar ao *decreto ingiuntivo* italiano<sup>1187</sup>, é diversa da adotada pelo sistema francês, pois, na França, mesmo com a contestação, desde que destituída de seriedade (destituída de fundamentação razoável), admite-se a concessão da ordem de *référé*<sup>1188</sup>.

Adota-se, na estabilização da tutela antecipada satisfativa, a técnica monitória, no sentido de acelerar o surgimento da autorização para executar mediante a concessão de uma liminar, que só não terá eficácia, se o réu obtiver sucesso no seu eventual recurso. Em outros termos, a oportunidade de instaurar o processo de cognição exauriente e plena é remetido ao comportamento do réu<sup>1189</sup>, seja pelo ajuizamento de uma ação inversa ou, de forma mais imediata, pela interposição de um recurso contra a liminar. Se este não for interposto, o conflito restará resolvido, estabilizando-se os efeitos da medida, que, por outro lado, repita-se, poderá ser questionada pela mencionada ação inversa. Estruturalmente, portanto, tal como no procedimento monitório, a eficácia da liminar depende da inércia do réu. Nesse ponto, vale

<sup>1184</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Fredie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 187-188.

<sup>1185</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 612-613.

<sup>1186</sup> TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, p. 23, jul. 2012.

<sup>1187</sup> Na Itália, sobretudo a partir de 2005, a técnica monitória adotada no *decreto ingiuntivo* permite a concessão de liminar, com força executiva, sem prévia oitiva da parte contrária, nas seguintes hipóteses: a) quando fundamentada em determinados atos especificamente elencados no CPC (*comma 1° dell art. 642*); b) quando houver grave perigo de dano no atraso da execução; c) quando a obrigação for comprovada por documento firmado pelo devedor. Nesse sentido, Cf. FONSECA, Elena Zucconi Galli. “La provisória esecutività del decreto ingiuntivo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 175-176. Alegando a ilegitimidade desse procedimento, Cf. CHIARLONI, Sergio. “Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LV, n. 4, p. 1020, ott./dic. 2000.

<sup>1188</sup> VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référé*s. 3. ed. Paris: LexisNexis-Litec, 2012, p. 25-48.

<sup>1189</sup> PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napole: Jovene, 1999, p. 586.

acrescentar, há similitude e divergência com os interditos do direito romano. A proximidade resta evidenciada pela capacidade de solução do conflito mediante a concessão de uma liminar fundada em juízo de verossimilhança. Ao contrário do que ocorria com os interditos, contudo, se o réu não cumprir a liminar cujos efeitos restaram estabilizados, a decisão tem força executiva para forçadamente satisfazer o direito<sup>1190</sup>.

Ainda que a tendência de democratização do processo seja direcionada à mitigação do seu caráter publicístico<sup>1191</sup>, é certo que a prestação jurisdicional, para que seja efetiva e legítima, deve ocorrer na forma específica, restaurando a situação jurídica violada, e tempestivamente, sem prejuízo do respeito às demais garantias do devido processo legal<sup>1192</sup>. Este, no caso das tutelas jurisdicionais diferenciadas, como é o caso da estabilização da tutela antecipada, deve ser devidamente compreendido, para que, de um lado, não seja um argumento teórico viabilizador de arbitrariedades procedimentais e, de outro, não impeça a efetiva tutela dos direitos em uma sociedade dinâmica e complexa como esta em que se vive atualmente. No que tange às tutelas jurisdicionais diferenciadas, deve-se perceber que a celeridade é, ao mesmo tempo, um objetivo e uma característica, assim como a inversão do contraditório e também, em alguns casos, o ônus da iniciativa para sua instauração, fato que acarreta uma lógica diferente da regra geral dos processos judiciais: “o legislador carrega ao demandado os ônus da instauração do contraditório efetivo e do tempo decorrente da duração do processo, inclusive privando-o, desde logo, do gozo do bem da vida disputado”<sup>1193</sup>.

No sistema brasileiro, mais do que inverter-se o contraditório, inverte-se o ônus da instauração de um processo de cognição exauriente. Observe-se que, no procedimento processual comum, caberia ao interessado, na obtenção da tutela de seu pretense direito, instaurar processo de cognição exauriente em que haveria de demonstrar a efetiva existência de seus direitos. Na técnica monitória, permite-se a esse sujeito submeter sua pretensão ao mero crivo da cognição sumária: sendo positivo o juízo de verossimilhança, transfere-se ao adversário o encargo de promover processo comum de conhecimento, com cognição exauriente. É o caso, repita-se, do instituto de que trata o art. 304 do CPC.

O CPC/2015, confirmando o que já foi dito neste trabalho, apresenta nítida tentativa de romper com o paradigma da ordinariedade, que sempre marcou a doutrina brasileira. Na sistemática da nova legislação processual, consolida-se a tendência de abolir a chamada

---

<sup>1190</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 28-30 e 36-37.

<sup>1191</sup> AROCA, Juan Montero. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. *Proceso civil e ideología*. Juan Montero Aroca Coordinador. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 152-155.

<sup>1192</sup> MANDRIOLI, Crisanto. *L’esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953, p. 15.

<sup>1193</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010, p. 87.

“ditadura da coisa julgada”<sup>1194</sup> como pressuposto da tutela de direitos<sup>1195</sup>. Esta — a proteção do direito material —, pode ocorrer por intermédio de provimentos meritórios<sup>1196</sup> fundados em juízo de cognição sumária e, mais, com a possibilidade de extinção do processo.

Dessa forma, não se deve duvidar de que, atualmente, uma decisão proferida mediante juízo de cognição superficial pode solucionar o litígio e dar fim às expectativas dos jurisdicionados, atingindo a finalidade do processo<sup>1197</sup>. Quem ditará é a peculiaridade do direito material, pois nem sempre este, para ser protegido, necessitará da indiscutibilidade decorrente da coisa julgada. Esta é a chave da questão: a tutela do direito material, em alguns casos marcados por “urgência fática” (realização de uma cirurgia, por exemplo), especialmente nos que tenham por objeto direitos indisponíveis ou de personalidade, prescindem de declaração voltada à indiscutibilidade<sup>1198</sup>. O que importa, pois, é a tutela momentânea, tendo-se em vista que o transcurso do tempo impedirá qualquer gozo do direito.

É certo que o processo, como método de resolução de conflitos, é regido pelo publicismo, “mas, se as partes podem optar por valer-se ou não dele, ingressando em juízo, podem também dele dispor, contentando-se com soluções adotadas *in limine litis*”<sup>1199</sup>. Enfim, como preleciona Ada Pellegrini Grinover<sup>1200</sup>, o procedimento ordinário declaratório, a sentença e a coisa julgada não podem mais ser considerados como técnicas universais de solução de conflitos, sendo necessário substituí-los, na medida do possível e observados determinados pressupostos, por outras estruturas procedimentais, mais adequadas à espécie de direito material a ser tutelado e capazes de fazer face à situação de urgência.

Naturalmente, nesse contexto, se, por um lado, a ampliação dos poderes do juiz corresponde a uma efetiva necessidade decorrente da transformação por que passa o Direito nas últimas décadas, por outro, essa possibilidade de decidir sumariamente sobre a vida dos jurisdicionados deve ser acompanhada proporcionalmente ao crescimento de sua

<sup>1194</sup> TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014, p. 167 e 177.

<sup>1195</sup> Por todos, Cf. NIEVA-FENOLL, Jordi. “La cosa giudicata: la fine di un mito”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 4, p. 1369-1385, dic. 2014.

<sup>1196</sup> LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. “Estabilização da tutela antecipada no código de processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 260, p. 119, out. 2016.

<sup>1197</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 64.

<sup>1198</sup> GRAZIOSI, Andrea. “La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 174, mar. 2009.

<sup>1199</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010, p. 173.

<sup>1200</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos & pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009, p. 103-107.

responsabilidade decisória e das exigências quanto à sua qualificação<sup>1201</sup>. Deve-se encontrar o equilíbrio entre as garantias do contraditório e da eficiência do sistema jurídico<sup>1202</sup>, porque é exatamente na perspectiva de se utilizar adequadamente a técnica antecipatória que residirá, similarmente ao que ocorre com o *référé* francês, o sucesso da estabilização da tutela antecipada.

Uma das questões fundamentais da estabilização consiste no fato de o autor, após obtê-la, não precisar dar continuidade ao processo, o que somente ocorrerá, se o réu não recorrer. Observe-se, e esta é uma informação procedimental relevante, que, estabilizada a tutela antecipada com a consequente conservação dos seus efeitos, o autor não necessitará, em princípio, aditar a petição inicial, na medida em que o processo será extinto (art. 304, § 1º)<sup>1203</sup>. Do contrário, ou seja, prosseguindo o curso do procedimento, poder-se-ia criar uma situação sistematicamente paradoxal, pois, caso o pedido do autor seja julgado improcedente, mediante posterior sentença prolatada com base em cognição exauriente, ou mesmo uma mudança no plano dos fatos, não poderia ser levada em consideração para a revogação ou modificação da tutela, tendo em vista a ausência de manejo da ação prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015<sup>1204</sup>. Nessa hipótese, poderia haver, inclusive, um conflito entre esta ação, que deve ser processada em primeiro grau de jurisdição, e a eventual ação rescisória, cuja

<sup>1201</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 408-411.

<sup>1202</sup> GRAZIOSI, Andrea. “La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 167.

<sup>1203</sup> É possível imaginar-se a aplicação do instituto parcialmente, na perspectiva da teoria dos capítulos de sentença, os quais constituem unidades autônomas do processo. Nesse sentido, Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 608. Caso seja apenas um pedido, haverá extinção “do processo”, quando não é interposto o agravo de instrumento. Ora, diante dessa “extinção do processo”, a questão que, oportunamente, impõe-se é a seguinte: se o módulo processual — de conhecimento ou de execução, não importa — é extinto por sentença (art. 203, § 1º, do CPC), não caberia apelação contra a decisão que entende que os efeitos da tutela antecipada estão estabilizados? Nesse caso, o debate de mérito recursal a ser desenvolvido no tribunal restringe-se ao preenchimento dos pressupostos para a estabilização ou não. De todo modo, extinto o módulo processual, entende-se que o réu, não obstante o posicionamento contrário de uma parte da doutrina, deve ter alguma vantagem também com a estabilização, que, por analogia, refere-se à aplicação diferenciada do regime jurídico da ação monitória (art. 701 do CPC) em relação ao pagamento de despesas processuais e honorários. Nesse sentido, Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 605. De igual modo, preconiza o Enunciado nº 18 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM: “Na estabilização da tutela antecipada, o réu ficará isento do pagamento das custas e os honorários deverão ser fixados no percentual de 5% sobre o valor da causa (art. 304, *caput*, c/c o art. 701, *caput*, do CPC/2015)”. Na doutrina, todavia, em sentido contrário, por todos, Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Fredie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 191.

<sup>1204</sup> CIANCI, Mirna. “A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 255, set. 2015.

competência funcional para julgá-la pertence aos tribunais. Para evitar situação como essa, pode-se concluir que, aditada a petição inicial, e citado o réu, não é possível aplicar o rito da estabilização, motivo pelo qual se seguirá o padrão ordinário na sequência dos atos procedimentais, sendo irrelevante, para essa conclusão, o oferecimento ou não de defesa<sup>1205</sup>.

Percebe-se, assim, que, a partir dessa nova sistemática, a cognição sumária não estará mais à espera de confirmação pela decisão definitiva a ser proferida no mesmo processo, pois a amplitude da cognição, uma vez deferida a tutela antecipada, dependerá de ato positivo do réu, qual seja, a interposição do respectivo recurso contra a decisão. Nesse contexto, repita-se, a estabilização da tutela antecedente apresenta-se como ônus processual perfeito, é uma “sanção” ou uma “consequência processual negativa” pela inércia do réu.

Mudando o foco da análise, nota-se que, embora uma parte da doutrina já sinalize em favor de uma interpretação ampliativa, admitindo o cabimento de outros remédios aptos a “impugnar” a decisão concessiva da liminar satisfativa (reclamação, incidente de suspensão de liminar, contestação etc.)<sup>1206</sup>, é certo que o histórico do processo legislativo do CPC/2015 demonstra que a “intenção do legislador” realmente foi a utilização do termo “recurso” em seu sentido técnico e restrito<sup>1207</sup>. Entende-se que, se o réu não recorrer, mas apresentar contestação, o juiz deve extinguir o módulo processual de conhecimento<sup>1208</sup>.

<sup>1205</sup> Definida essa questão, alguns problemas procedimentais merecem reflexão. Destaca-se, neste momento, a questão relativa ao prazo de aditamento da petição inicial. O ideal, para não gerar insegurança jurídica, é que o juiz fixe um prazo maior do que os 15 (quinze) dias contados da concessão da tutela de urgência (art. 303, § 1º, I), ou até mesmo outro termo inicial, a exemplo de determinados dias contados da comunicação de que o réu recorreu contra a liminar, inviabilizando a estabilização. Nesse sentido, Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015, p. 478. Um marco interessante seria a contagem do prazo de aditamento a partir da intimação para a apresentação de contrarrazões ao agravo, pois estariam eliminadas quaisquer eventuais dúvidas acerca da incoerência da estabilização. Nessa perspectiva, o réu deverá ser, primeiramente, intimado da decisão que concede a tutela antecipada antecedente, e, somente depois de expirado o prazo para o recurso, ocorrerá a intimação do autor para o aditamento da petição inicial (art. 303, § 1º, I), caso pretenda, no mesmo processo, obter provimento fundado em cognição exauriente. Se o autor não tiver esse interesse, buscando apenas a concessão da liminar, e o réu deixe de recorrer, o processo será extinto, porém, se o réu recorrer, será determinada a sua citação e intimação para a audiência do art. 334 do CPC/2015 (art. 303, § 1º, II) ou, se for o caso, somente para contestar.

<sup>1206</sup> Nesse sentido, Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Fredie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 184 e 188-189.

<sup>1207</sup> Na versão original do projeto, aprovada no Senado da República (PL nº 166/2010), estabelecia-se que, “concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando sua eficácia” (art. 281, § 2º). Posteriormente, na Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010), o instituto passou a ser regulamentado, genericamente, da seguinte forma: “A tutela antecipada satisfativa, concedida nos termos do art. 304, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso” (art. 305). Para comentários sobre a primeira versão do Senado, Cf. TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, p. 29, jul. 2012.

<sup>1208</sup> Em sentido contrário, defendendo que a estabilização da tutela antecipada é um efeito automático da falta de reação do réu, seja pelo fato de não contestar a demanda, seja por não recorrer contra o provimento antecipatório,

Embora uma parte da doutrina tenha como foco a “manifestação de vontade” do réu contra a estabilização<sup>1209</sup>, o ônus processual a que este se submete diz respeito à interposição de “recurso”, e essa previsão legal deve ser fielmente observada, para que se tenha segurança jurídica na aplicação do instituto da estabilização<sup>1210</sup>. Não se trata de afronta ao formalismo-valorativo, pelo contrário, busca-se prestigiar o valor “previsibilidade”, que também é inerente ao Estado Democrático de Direito, razão pela qual recai sobre o réu, caso não interponha o cabível agravo de instrumento<sup>1211</sup>, o ônus de submeter-se à estabilização dos efeitos da tutela concedida antecipadamente, ou, se for o caso, de ajuizar, no prazo de dois anos<sup>1212</sup>, a ação inversa ou revisional de que trata o art. 304, § 2º, do CPC/2015.

Nesse caso, é certo que há polêmica doutrinária acerca das consequências jurídicas decorrentes da ausência de interposição tempestiva dessa ação revisional inversa<sup>1213</sup>, mas,

---

Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 236.

<sup>1209</sup> MITIDIERO, Daniel. “Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, n. 63, p. 26, nov./dez. 2014.

<sup>1210</sup> Observe-se que o recurso interposto pelo réu terá dupla função: por intermédio dele, o réu manifestará seu interesse na causa, afastando a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, ao mesmo tempo em que se insurgirá contra a própria decisão que a concedeu. E se o recurso não for provido, haverá estabilização? Indubitavelmente, a resposta revela-se negativa, pois o que importa é a manifestação do réu, por meio do recurso, contra a concessão do provimento.

<sup>1211</sup> NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. “Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Fredie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buri de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 75-76.

<sup>1212</sup> Observe-se que há prazo para ajuizamento da ação revisional na França e na Itália. Nesse sentido, por todos, Cf. BONATO, Giovanni. “A estabilização da tutela antecipada de urgência no código de processo civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália)”. Tradução de Alexandre Minatti e Guilherme Tambarussi Bozzo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 273, p. 227, nov. 2017.

<sup>1213</sup> Questão interessante diz respeito à seguinte indagação: se a parte interessada não interpõe, dentro do prazo de dois anos, a demanda de cognição exauriente de que trata o art. 304, quais seriam as consequências jurídicas? No particular, destacam-se três correntes doutrinárias. Conforme a primeira vertente interpretativa, encerrado o prazo bienal, deixa de caber qualquer ação, seja a ação rescisória, seja uma demanda autônoma destinada a debater o mérito. Nesse sentido, defendendo a incidência do instituto da “perempção”, Cf. MACEDO, Elaine Harzheim. “Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção?”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 209-210, dez. 2015. Pela segunda corrente doutrinária, inexistente coisa julgada material, e, por essa razão, não cabe ação rescisória, sendo possível, porém, a propositura de uma ação destinada a debater o mérito, dentro do prazo prescricional ou decadencial do direito material. Cf. NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. “Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Fredie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buri de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 81-82. No mesmo sentido, defendendo que “após o prazo de dois anos continua sendo possível a propositura de outras demandas incompatíveis com a decisão”, inclusive por ser “inadmissível conferir à decisão antecipatória atributo semelhante à função positiva da coisa julgada”, Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. “Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada”. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno, Elias Marques de Medeiros Neto, Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira e Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 207 e 208, respectivamente. Finalmente, a terceira corrente doutrinária, que defende que há formação de coisa julgada material e, por

para fins deste estudo, impõe-se registrar que se considera que esse prazo bienal, nas obrigações de trato sucessivo, a exemplo das ordens de fornecimento de medicamentos, deve ser aplicado em analogia ao regime da coisa julgada nas sentenças determinativas. Nessa perspectiva, se a ordem envolve o cumprimento de uma determinação relativamente instantânea, como a que envolve a realização de um pontual procedimento cirúrgico, ultrapassado o prazo de dois anos, consolidam-se os efeitos fáticos da tutela antecipada. Diferentemente, todavia, é a situação da entrega de medicação, pois, como se trata de obrigação renovada periodicamente, alterados os fatos vigentes à época da ordem (melhoria da saúde do paciente, surgimento de medicamento mais eficaz e em menor preço etc.), é possível questionar a decisão, desde que sejam respeitados os dois anos contados dessa alteração factual. Com efeito, não se deve interpretar o art. 304 do CPC a ponto de imobilizar situações que, por sua natureza, são mutáveis. Esse modo de visualizar a estabilização, certamente, converge para a legitimidade e a eficácia do instituto, tornando-o uma técnica processual eficiente de resolução de conflitos.

O CPC/2015, assim, como se percebe e já foi informado neste trabalho, tornou autônoma e estabilizou a tutela de cognição sumária em relação à cognição plena e exauriente, com a possibilidade de a tutela sumária resolver a “crise de direito material”<sup>1214</sup>, constituindo-se em nova forma de solução jurisdicional de conflitos ao lado da forma tradicional realizada nos processos de cognição plena<sup>1215</sup>. Implementou-se a tutela sumária internamente no

---

consequência, o cabimento exclusivo de ação rescisória, e não de ação objetivando discutir o mérito. Nesse sentido, por todos, Cf. GRECO, Leonardo. “A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 14, p. 305, jul./dez. 2014. Parece que a melhor opção seja a defendida pela segunda vertente doutrinária, pois a estabilização da medida urgente não susta os prazos prescricionais e decadenciais, apenas impede, caso seja ultrapassado o biênio previsto no art. 304 do CPC/2015, o ajuizamento de demanda destinada exclusivamente a questionar aspectos fático-jurídicos decorrentes da concessão da liminar. Cf. TALAMINI, Eduardo. “Tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, p. 28, jul. 2012. MITIDIERO, Daniel. “Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, n. 63, p. 28-29, nov./dez. 2014.

<sup>1214</sup> A respeito das espécies de crise de direito material e as técnicas processuais que lhe são compatíveis, ilustrativamente, Cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. São Paulo: RT, 2008, p. 54-57.

<sup>1215</sup> Diante da diversidade entre as crises de direitos material, uma indagação se impõe: há a possibilidade de ocorrer estabilização dos efeitos da tutela nas demandas meramente declaratórias e preponderantemente constitutivas? A resposta revela-se positiva. Naturalmente que, em regra, deseja-se a imutabilidade da coisa julgada nesses casos, mas nem sempre esse fato se verifica. Imagine-se uma ação declaratória de inexistência contratual, em que o autor pleiteia a retirada de seu nome do órgão de restrição ao crédito e a ordem de vedação de qualquer comportamento compatível com a existência de débito. Em princípio, não há necessidade da busca pela coisa julgada, pois a liminar já tem aptidão para resolver o problema do autor. Se a empresa não efetuar qualquer cobrança, cumprindo integralmente o provimento antecipatório, revela-se prescindível a obtenção da coisa julgada, pois o autor não será incomodado em sua esfera jurídica. Idêntico raciocínio, aliás, pode ser desenvolvido para uma hipotética ação de anulação contratual, que tem natureza constitutiva. Imagine-se, igualmente, uma ação de anulação de cláusula de convenção coletiva ajuizada pelo MPT, por suposta violação a direito fundamental de trabalhadores (permissão indiscriminada de revista invasiva ou vexatória, por exemplo,

procedimento de cognição plena e exauriente, pois, uma vez proferido o provimento sumário, este é hábil a encerrar o processo como um todo, de modo que a fase de cognição plena e exauriente só se segue, se alguma das partes a requerer expressamente e de forma adequada, mesmo que se trate de apenas um eventual litisconsorte. Se não houver tal pleito, o provimento sumário é hábil a encerrar todo o processo, com a solução da crise de direito material, sem, entretanto, fazer coisa julgada, técnica utilizada também no procedimento possessório italiano<sup>1216</sup>.

Observe-se que é exatamente essa possibilidade de continuidade ou apresentação posterior do processo de mérito, de cognição exauriente que afasta, como destaca a doutrina italiana<sup>1217</sup>, qualquer consideração de inconstitucionalidade<sup>1218</sup>, com base em violação da garantia de defesa ou do acesso à jurisdição<sup>1219</sup>. É que o direito de defesa, sobretudo nos provimentos fundamentados em situação de urgência, deve ser adaptado — jamais suprido — à eficiência do sistema jurídico. Nas modalidades de tutela sumária, “o contraditório poderá ser diferido, o direito à prova ajustado à realidade dos fatos, os recursos e as vias de impugnação limitados”<sup>1220</sup>, mas a essência do devido processo legal deve ser respeitada. E é

---

como forma de controle do patrimônio empresarial), em que pede, liminarmente, a inaplicabilidade da hipotética cláusula aos contratos individuais de trabalho. Entende-se que a irrecorribilidade de imediato das decisões interlocutórias não pode ser um empecilho insuperável em relação à aplicação da estabilização da tutela antecipada no processo do trabalho. Por aplicação da teoria do diálogo das fontes, deve ser aplicado integralmente, no particular, o regime jurídico do CPC. Urge observar que essa afirmação não é absurda, pois, nas lides diversas da relação de emprego que são da competência da Justiça do Trabalho, já se aplica o sistema recursal do CPC. Ainda com exemplos trabalhistas, pode-se ilustrar uma ação civil pública que, liminarmente, pleiteia a vedação de determinado comportamento de trabalhadores durante o exercício do direito de greve. Esse exemplo, inclusive, além de ilustrar o cabimento das ações coletivas passivas (*defendent class actions*) no Direito pátrio, demonstra que o instituto da estabilização da tutela antecipada pode ser aplicado às causas que versam sobre direitos metaindividuais. Em sentido diverso, alegando que as ações coletivas passivas não encontram respaldo no microsistema de tutela coletiva brasileiro, Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Freddie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 192-193. Nessas questões, assim como nas lides individuais, não custa insistir, nem sempre a coisa julgada revela-se necessária.

<sup>1216</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. “A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 25-27, abr. 2012.

<sup>1217</sup> QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di mérito*. Bologna: Bononia University Press, 2006, p. 178.

<sup>1218</sup> CIANCI, Mirna. “A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 253, set. 2015.

<sup>1219</sup> NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. “Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Freddie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 78. No mesmo sentido, Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. “A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 42, abr. 2012.

<sup>1220</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos & pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009, p. 103.

exatamente na busca desse equilíbrio entre as garantias processuais e a eficiência que a jurisdição vai se consolidando como uma atividade democraticamente legítima, pois, respeitando a plenitude substancial da cláusula geral do devido processo, conseguirá produzir, satisfatoriamente, resultados concretos na vida dos jurisdicionados<sup>1221</sup>.

Se é certo que, em alguns casos, “uma justiça rápida pode ser uma má justiça”<sup>1222</sup>, em outros, a solução deve ser exatamente em sentido contrário, pois uma questão fundamentada em situação de urgência, por exemplo, justifica a sumarização processual<sup>1223</sup>.

Uma parte da doutrina, todavia, critica a sumarização do procedimento e da cognição, sob o argumento de que a justiça da decisão está diretamente relacionada à profundidade da investigação das questões potencialmente debatidas no processo, de modo que as tutelas sumárias, mesmo fundamentadas em situações de urgência, ferem as garantias processuais constitucionais, por limitarem a participação democrática dos interessados<sup>1224</sup>. Acontece que, no instituto da estabilização da tutela antecipada a parte atingida manifesta a sua vontade, ainda que omissivamente, em relação ao acerto da liminar. O fato de não recorrer, recaindo no efeito negativo do seu ônus processual, traduz-se, pelo menos em tese, em manifestação de vontade no sentido de que concorda com a solução dada pelo Judiciário no respectivo momento. Ora, essa manifestação de vontade deve ser respeitada em modelo processual que, preocupado com a efetiva tutela de direitos, pretenda caracterizar-se como democrático, ou seja, o réu pode impugnar a decisão imediatamente, por intermédio do agravo de instrumento, mas, se não o fizer, ainda terá a oportunidade de aprofundar o debate em sede de cognição exauriente a ser desenvolvida no âmbito da ação prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015. Ao réu, dessa forma, assegura-se a possibilidade de exercer o contraditório como influência reflexiva<sup>1225</sup>. Reafirma-se, desse modo, que não há inconstitucionalidade material que possa macular o instituto em apreço.

A partir dessa premissa e considerando os exemplos decorrentes das demandas por prestações de saúde pública (medicamentos, próteses, intervenções cirúrgicas etc.), pode-se dizer também que a estabilização da tutela antecipada antecedente pode ser aplicada em face

<sup>1221</sup> CIPRIANI, Franco. “Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie”. *Il processo civile nello stato democratico: saggi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 70.

<sup>1222</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 44.

<sup>1223</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, p. 282-284.

<sup>1224</sup> TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. “Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento ‘antecipado’ do processo e do procedimento monitorio”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 181, p. 59-89, mar. 2010.

<sup>1225</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 340-342.

da Fazenda Pública.

Inicialmente, deve-se perceber que a tese da inaplicabilidade dos efeitos da revelia à Fazenda Pública não pode ser utilizada por analogia, para fins de defesa da tese contrária<sup>1226</sup>. É que o § 6º do art. 700 do CPC, que pode ser aplicado por analogia, consagrou o entendimento de que cabe ação monitória contra a Fazenda Pública (Súmula nº 339 do STJ), e, não havendo formação imediata de coisa julgada material, esta pode propor a ação inversa em até dois anos. Em outros termos, se é possível a formação de um título executivo judicial diante da utilização da técnica monitória contra o poder público, revela-se igualmente possível a incidência da estabilização da tutela antecipada, pois, nos dois casos, a incidência no ônus processual de se manifestar imediatamente não acarreta a formação de coisa julgada material.

Para uma parte da doutrina, todavia, revela-se imprescindível que se submeta a decisão à remessa necessária, pois, até que a decisão seja reapreciada e confirmada pelo tribunal, embora se produzam efeitos concretos de imediato, não haverá eficácia de estabilização<sup>1227</sup>. Nessa hipótese, parece claro que o prazo bienal da ação inversa somente começará a se desenvolver após a decisão da remessa necessária. Não custa observar que o art. 496 do CPC, que trata da remessa necessária, não excepcionou a decisão interlocutória de urgência, que tem o condão de estabilizar os efeitos da tutela satisfativa. Sendo assim, por mais uma aplicação analógica à ação monitória (art. 701, § 4º), somente haverá efetiva estabilização, se houver análise e confirmação da decisão pelo tribunal em sede de remessa necessária<sup>1228</sup>.

Situação diversa, todavia, diz respeito aos procedimentos sumaríssimos dos Juizados Especiais das Fazendas Públicas (Leis nº 10.259/2001 e 12.153/2009). Nestes, é possível obter provimentos sumários fundamentados em situação de urgência, mas, em contrapartida, não se pode obter a estabilização de seus efeitos. Na realidade, a estabilização dos efeitos da

---

<sup>1226</sup> Nesse sentido, Cf. RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 109-111.

<sup>1227</sup> Ilustrativamente, no sentido do cabimento do reexame necessário, Cf. CIANCI, Mirna. “A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 256, set. 2015. Em sentido diverso, todavia, há doutrina defendendo que o caráter excepcional da regra do reexame necessário não autoriza sua interpretação ampliativa. Na hipótese, não se tem a solução do conflito mediante cognição exauriente, mas apenas a estabilização de resultados práticos, ainda revisáveis. Sendo assim, conforme essa vertente doutrinária, a submissão ao reexame necessário dependeria de regra expressa, como há na ação monitória. Questão outra reside em saber se, não havendo recurso da Fazenda Pública, sempre se estabilizará a tutela antecipada contra ela concedida em caráter antecedente. No sentido de que a estabilização da tutela antecipada contra a Fazenda Pública não depende de reexame necessário, Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 316.

<sup>1228</sup> Nesse lastro, afirmando que a estabilização da tutela antecipada e a ação de procedimento especial monitório formam um autêntico microsistema de tutela de direitos pela técnica monitória e que os autos devem ser remetidos ao tribunal, a título de remessa necessária, logo após escoar o prazo bienal da ação revisional, Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Da tutela provisória. Comentários aos arts. 294-311 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 433-434.

tutela antecipada é incompatível com todo o microsistema de Juizados Especiais Cíveis, pois, no caso do procedimento previsto pela Lei n° 9.099/1995, como o recurso inominado destinasse apenas a atacar a sentença (art. 41), sequer há previsão de recurso para combater as decisões interlocutórias. Embora se tenha previsão de recurso contra as decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (art. 5° da Lei n° 10.259/2001 e art. 4° da Lei n° 12.153/2009), verifica-se que um dos pressupostos para a estabilização não está presente, que é a previsão de ação ordinária para eventualmente questionar a decisão cujos efeitos estão estabilizados (art. 304, §§ 2° e 5°, do CPC). É que a Fazenda Pública, por força de expressa previsão legal (art. 6° da Lei n° 10.259/2001 e art. 5° da Lei n° 12.153/2009), não pode ser autora nos Juizados Especiais. Sendo assim, é possível a concessão de tutela de urgência contra a Fazenda Pública nos Juizados Especiais, mas os efeitos da decisão não podem ser estabilizados.

Com essa ressalva, insiste-se na tese de que, principalmente em determinadas situações fáticas relacionadas à judicialização da saúde, a estabilização da tutela antecipada antecedente pode ser aplicada em face da Fazenda Pública<sup>1229</sup>, e, ademais disso, a tutela jurisdicional de urgência, viabilizada pela técnica antecipatória, constitui garantia fundamental de cidadania assegurada pela cláusula do devido processo legal<sup>1230</sup>. Essas constatações permitem concluir, igualmente, que as vedações legislativas *a priori* são inconstitucionais<sup>1231</sup>, porque o cidadão tem, também contra a Fazenda Pública, o direito fundamental à tutela de urgência<sup>1232, 1233</sup>.

Como se percebe, o CPC/2015, indiscutivelmente, rompeu paradigmas em relação à tutela sumária dos direitos, e o principal deles, como visto, diz respeito à possibilidade de a parte ter o seu litígio resolvido mediante mero juízo de probabilidade, com a extinção do processo, inclusive. A complexidade social, acentuada pelo elevado nível de evolução tecnológica e a sua capacidade para lesionar direitos fundamentais, demonstra que a exigência

---

<sup>1229</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 209-210.

<sup>1230</sup> Por todos, Cf. ALVIM, Eduardo Arruda. “A raiz constitucional da antecipação de tutela”. *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Coordenadores Humberto Theodoro Júnior e Maira Terra Lauer. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 199-227.

<sup>1231</sup> No sentido da inconstitucionalidade do art. 1.059 do CPC/2015, Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. “Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015”. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno, Elias Marques de Medeiros Neto, Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira e Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68.

<sup>1232</sup> No sentido de que a tutela de urgência é inerente à função jurisdicional, Cf. DENTI, Vittorio. “Calamandrei e gli studi sul processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVI, n. 2, p. 403, giu. 1992.

<sup>1233</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 137-140 e 246-250.

da formação da coisa julgada material não constitui mais uma premissa dogmática para a efetiva tutela dos direitos<sup>1234</sup>. Nesse contexto, a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, apesar de não tão festejada pela doutrina, apresenta-se como uma alternativa técnica de solução de litígios, especialmente diante de questões fáticas urgentes, como nas questões envolvendo prestações de saúde pública. O governo, ao receber a liminar, eventualmente pode acatá-la, convencendo-se do acerto dos pressupostos fático-jurídicos, prescindindo da continuidade do debate no âmbito do processo em que foi proferida.

Não será, certamente, a ferramenta essencial que irá colocar o processo civil brasileiro nos trilhos da tão almejada efetividade. Não se trata, por óbvio, do instituto que solucionará todos os problemas da justiça brasileira. Seu objetivo é bem mais modesto, no sentido de ser apenas, e não mais do que isto, um meio de tutela de direitos colocado à disposição dos jurisdicionados para as situações fáticas que reclamam soluções urgentes. Se será bem aproveitada pela sociedade e incorporada à cultura brasileira, só o tempo dirá. Por enquanto, não custa boa vontade e certa dose de otimismo.

Para fechar este capítulo, impõe-se reafirmar que o tecnicismo desse instituto não impede que, se a causa permitir, mediante a concordância das partes, o juiz, ao invés de arquivar os autos, amplie os atores do processo e promova diálogos interinstitucionais em favor da universalização das prestações de saúde pública e da governabilidade democrática. A técnica processual, nesse sentido, não pode se sobrepor à finalidade do próprio processo, que é a tutela adequada do direito. É possível, assim, mesmo com os efeitos estabilizados, seja em demanda individual, seja em demanda coletiva, tornar o processo uma arena de diálogos públicos, em que o juiz, apesar de ter tido a iniciativa de conduzir dessa forma o procedimento, neles não é o protagonista, mas sim as instituições e os sujeitos afetados pelo caso.

Esses aspectos, certamente, serão abordados adiante nesta pesquisa. Antes, porém, cumpre investigar as dificuldades probatórias para a concessão e a execução do provimento de urgência, para demonstrar, ao final da pesquisa, que, para os demais casos, a solução deve ser flexível e dialogada, na linha recomendada para os litígios estruturais.

---

<sup>1234</sup> Evoluiu a doutrina, dessa forma, para uma perspectiva que visualiza a jurisdição e o processo a partir de seus resultados efetivos a respeito da tutela do direito material. Afinal, como adequadamente adverte Eduardo de Avelar Lamy, “não é razoável, sob o ponto de vista lógico nem sob o aspecto ético, que premissas científicas processuais desatualizadas impeçam o poder judiciário de tutelar os direitos com efetividade”. Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. “Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 69, p. 314, dez. 2014.

## **CAPÍTULO 5: DILEMAS DECORRENTES DA DECISÃO JUDICIAL SOBRE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA: ÔNUS DA PROVA E EXECUÇÃO NA TUTELA DE URGÊNCIA**

Pressupõe-se, nesta pesquisa, que a preocupação com a realidade fática é um dos objetivos da jurisdição, e, nesse sentido, será demonstrado que a iniciativa probatória do juiz, com limites<sup>1235</sup>, também compõe a essência da noção de processo justo<sup>1236</sup>. Nessa perspectiva, impõe-se delimitar os parâmetros probatórios das demandas por prestações de saúde pública. Também é um pressuposto deste capítulo a ideia de que a eficácia dos provimentos judiciais faz parte do devido processo legal<sup>1237</sup>. É certo, todavia, que o juiz, para não incorrer em arbitrariedades, deve se comportar democraticamente ao longo de todas as etapas do procedimento, o que, naturalmente, inclui as fases probatória e executória, mesmo quando se trata de tutela de urgência. Refletir sobre esses aspectos, portanto, é o objetivo deste capítulo.

### **5.1 DAS QUESTÕES PROBATÓRIAS ENVOLVENDO AS DEMANDAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA: CONVENCIMENTO E ÔNUS DA PROVA NA TUTELA DE URGÊNCIA**

Já se viu, nesta pesquisa, que a tutela de urgência constitui um direito fundamental do cidadão, inclusive contra a Fazenda Pública. Quando o assunto relaciona-se à tutela da saúde e da vida do paciente, é inegável que o problema se agrava, pois, em muitos casos, o juiz deverá decidir e efetivar a sua decisão em pouco tempo. Dessa forma, a sua atividade de convencimento antes da decisão é diferenciada. Não é fácil aferir, por exemplo, o preenchimento de algum dos parâmetros do estudado paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”. Por isso, no intuito de refletir sobre as dificuldades do juiz nesse momento decisório, impõe-se estudar a temática da cognição judicial nas demandas por prestações de saúde pública, para, em seguida, refletir sobre os dilemas probatórios pertinentes.

---

<sup>1235</sup> Sobre os limites dos poderes instrutórios do juiz, ainda sob a égide do CPC/1973, Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 154-157.

<sup>1236</sup> Nesse sentido, por todos, Cf. TARUFFO, Michele. “O princípio dispositivo em matéria de provas”. Tradução de José Tesheiner. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 137-143.

<sup>1237</sup> Acerca do direito fundamental à tutela executiva plenamente eficaz, Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 99-105.

### 5.1.1 Da cognição sumária e dos pressupostos para a concessão da tutela de urgência satisfativa no CPC/2015

Defende-se, nesta tese, que o juiz, no exercício da função jurisdicional, desenvolve apenas dois tipos de atividades: cognição e execução. Se as atividades executivas normalmente são realizadas por intermédio dos auxiliares da justiça após uma tomada de decisão judicial, percebe-se, todavia, que a cognição detém inegável preponderância nessa atividade<sup>1238</sup>. Em outras palavras, para que haja a realização dos atos executivos, faz-se necessária a concretização, por parte do juiz, de prévios juízos de valor<sup>1239</sup>, cujos objetos variam de acordo com a tutela pleiteada.

No instituto da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, por exemplo, o juiz, antes de determinar a execução ou a efetivação da medida, deve analisar várias questões, a fim de poder tomar a sua decisão. Nesse sentido, o juiz deve aferir a existência de elementos mínimos de comprovação de perigo de dano ao direito do postulante, que tem o ônus de o convencer acerca da probabilidade das alegações. Deve, também, observar se, diante das alegações de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a medida é realmente necessária. Essa necessidade da medida fica incontestável — mas naturalmente precedida da realização de um juízo de valor —, quando há inegável abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O juiz deve analisar, ainda, se a medida resultará em irreversibilidade da situação fático-jurídica anterior. Aqui, como não se ignora, ainda que a resposta seja positiva, pode estar em jogo uma colisão de princípios constitucionais, necessitando, portanto, de uma decisão fundamentada do julgador à luz da máxima da proporcionalidade, o que somente confirma o que se está exemplificando nesta oportunidade: a prévia realização de juízos de valor pelo órgão jurisdicional<sup>1240</sup>. Sendo assim, é relevante fixar corretamente o conceito e a extensão da cognição judicial quanto à tutela de urgência satisfativa, para, em seguida, verificar se algumas considerações sobre o conceito de verdade e relativas à distribuição do ônus da prova podem comprometer a sua efetividade.

O termo “cognição” é geralmente aplicado como sinônimo de conhecimento, fato que leva à ideia de que processo de cognição é a mesma realidade que o conhecimento em si, bem

---

<sup>1238</sup> Como bem observa Heitor Vitor Mendonça Sica, “cognição e execução são atividades judiciais distintas que se completam e se combinam de variadíssimas formas, com o fim de outorgar tutela jurisdicional. Embora a atividade cognitiva possa ser excepcionalmente sem socorro ulterior a qualquer medida executiva, o inverso não há”. Cf. SICA, Heitor Vitor de Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 269.

<sup>1239</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 408-409.

<sup>1240</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 93, vol. 339, p. 175-189, jul./set. 1997.

como o processo de conhecimento. “Processo de conhecimento”, “conhecimento” e “cognição”, no entanto, em termos técnico-jurídicos, embora sejam conexas, são realidades diversas.

O termo “conhecimento” é utilizado, efetivamente, para designar uma das espécies de processo, ao lado do processo de execução e do processo cautelar. No processo de conhecimento, que é conhecido como processo de acerto ou de definição quanto à relação jurídica de direito material em crise, a atividade do juiz é voltada, preponderantemente, para a solução, de maneira definitiva, da controvérsia que é levada ao seu conhecimento. É espécie, portanto, do gênero “processo”. Há que se distinguir, agora, “conhecimento” de “cognição”. Esta, ou seja, a cognição, nada mais significa do que o instrumento de concretização do conhecimento, ou seja, pela cognição, conhece-se, de tal sorte que o conhecimento é o mero resultado dessa atividade. Em outros termos, a cognição é o processo (ou atividade) de conhecer<sup>1241</sup>, que é materializado pela realização de juízos de valor<sup>1242</sup> compreendidos no raciocínio<sup>1243</sup> desenvolvido pelo sujeito em relação ao objeto. No caso em estudo, impõe-se perceber que o sujeito da cognição é o juiz, ao passo que o objeto são as matérias passíveis de cognição.

A “cognição”, a despeito de ser fator inerente à própria atividade jurisdicional, serve como técnica de adequação do processo à natureza do direito material ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada. Assim, em um primeiro momento, pode-se dizer que o objeto da atividade jurisdicional é o conhecimento de determinadas matérias que servem à definição do direito material em crise, à regular satisfação do crédito indicado no título executivo ou à eficiente remoção de uma situação jurídica potencialmente comprometedor da eficácia do processo dito principal. Se, na relação entre cognição e conhecimento, este é o fim ou resultado da atividade jurisdicional, enquanto aquela, entendida como técnica processual, é atividade-meio, a cognição deve sempre ser vista sob o ângulo da efetividade do processo.<sup>1244</sup>

Enfim, a “cognição”, no sentido aqui estudado, nada mais é que um ato de inteligência<sup>1245</sup> desenvolvido pelo juiz, no intuito de analisar e valorar as alegações fáctico-jurídicas e as provas aduzidas pelas partes, a fim de tornar correta a decisão que lhe é

---

<sup>1241</sup> REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

<sup>1242</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>1243</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

<sup>1244</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 21. No mesmo sentido, Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130-131.

<sup>1245</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Vol. I. Napoli: Jovene, 1960, p. 152.

submetida<sup>1246</sup>. É importante perceber que, muito embora seja ato *prevalentemente lógico*, a cognição também é formada por componentes de caráter não-intelectual, os quais, de certo modo, estão ligados à sensibilidade do juiz, para a nobre finalidade de se conseguir a justa solução da lide. Sendo assim, a cognição não é formada apenas por atos de inteligência, mas também por atos de vontade, que, no final dessa atividade, visa a dar a justa solução para o caso concreto.

Mas, afinal, quais são as matérias que podem servir de objeto de cognição judicial e, com efeito, contribuir para a efetiva e justa solução do litígio? Nesta oportunidade, analisar-se-á o fenômeno no âmbito do processo de conhecimento, o qual, sob o ponto de vista teleológico, está voltado a uma declaração que define os eventuais direitos e obrigações das partes, de tal sorte que o seu campo de incidência, com relação às alegações fático-jurídicas das partes, ao menos em linha de princípio, é o maior possível. Genericamente, a doutrina responde que o objeto da cognição constitui-se em um trinômio composto pelas “questões processuais”, “condições da ação” e “mérito” da causa<sup>1247</sup>. Uma vertente doutrinária<sup>1248</sup>, entretanto, sustenta que o trinômio, em verdade, tem por objeto as “questões preliminares” e as “questões prejudiciais” e, como na anterior, o “mérito”. Particularmente, já se defendeu que a melhor classificação abrange cinco critérios distintos: a) pressupostos processuais; b) requisitos de validade; c) condições da ação; d) questões prejudiciais; e) mérito da causa<sup>1249</sup>. Como se sabe, uma classificação somente possui “validade” na exata medida em que possui alguma utilidade prática, o que já restou demonstrado em outro estudo.

Para os limites desta tese, deve-se perceber que a cognição judicial é classificada nos planos “horizontal” e “vertical”. No primeiro, analisa-se o conflito de interesses deduzido em juízo quanto à sua amplitude ou extensão; já no segundo, verifica-se a mesma questão sob o ângulo da profundidade ou intensidade quanto à busca do conhecimento, para ser poder decidir<sup>1250</sup>. Há que se observar, de logo, que esses critérios convivem entre si. A cognição horizontal, que é menos importante para os limites desta tese, classifica-se em “plena” e “parcial”. Quando toda extensão da lide puder ser conhecida pelo juízo, diz-se que ela é plena, mas, em contrapartida, quando somente parte dela puder ser conhecida, trata-se de cognição

---

<sup>1246</sup> Por todos, Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59. Em sentido idêntico, Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p. 184.

<sup>1247</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 71-110.

<sup>1248</sup> Por todos, Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 274.

<sup>1249</sup> REIS, Sérgio Cabral dos. *Defesa do executado no curso da execução: cível e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2008.

<sup>1250</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 111.

parcial<sup>1251</sup>, a exemplo da impugnação ao cumprimento de sentença, que veda o conhecimento de matérias anteriores ao trânsito em julgado<sup>1252</sup>. Outro exemplo é a ação inversa de que trata o art. 304, § 2º, do CPC, que tem por objeto apenas a decisão que estabilizou os efeitos da tutela antecipada satisfativa.

Mas, no que concerne à classificação da cognição no plano “vertical”, a cognição pode ser classificada, considerando o grau de profundidade ou de intensidade de conhecimento estabelecido ao tomar uma decisão, em “exauriente”, “sumária” e “superficial”. Na cognição “exauriente”, de forma profunda e completa, o juiz analisa todas as questões pertinentes à relação jurídica material sob sua apreciação, de que resultará uma decisão, note-se, fundada em um juízo de certeza, pois já se encontram exauridas todas as possibilidades de alegações e provas, considerando a sequência de fases procedimentais estabelecida pelo legislador. Quando se está diante de uma decisão em cognição exauriente, a atividade investigatória acerca das alegações fático-jurídicas das partes é ampla, isto é, aprofundada. Comporte ou não alta indagação, há, como regra, a possibilidade de dilação probatória em relação às questões fático-jurídicas. Na realidade, para que não fiquem dúvidas, falar em cognição exauriente é dizer, com outras palavras, que a lide, objeto da cognição, não mais será objeto de cognição em outro processo<sup>1253</sup>.

Por outro lado, a cognição sumária e a cognição superficial estão relacionadas, respectivamente, com os juízos de probabilidade e de verossimilhança. Proveniente de um “juízo de probabilidade”, a cognição sumária é característica das tutelas cautelar e satisfativa concedidas após contraditório, ao passo que, resultante de um “juízo de verossimilhança”, a cognição superficial é própria das liminares em geral. E qual seria, afinal, a distinção entre ambas? Na liminar, cautelar ou satisfativa, a cognição incide sobre a afirmação do fato, mas prescinde dos meios de prova destinados a demonstrá-lo. O que ocorre é a valoração da verossimilhança de que o fato afirmado possa vir a ser demonstrado por intermédio das provas permitidas pela instrução sumária. No juízo de verossimilhança, a atividade cognitiva precede o procedimento probatório, atendo-se apenas para a afirmação do fato, enquanto, no juízo de cognição sumária, a investigação ocorre mediante o confronto entre as provas

---

<sup>1251</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000, p. 94.

<sup>1252</sup> Impõe-se perceber, contudo, que, como o réu tem direito ao procedimento adequado, a legislação, ao limitar o exercício do direito de defesa — muitas vezes reservando determinados questionamentos para outra demanda —, ao limitar o exercício do direito à prova, ou ainda ao inverter o ônus da prova, deve estar atenta às necessidades do direito substancial e aos valores constitucionais. Nesse sentido, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 231.

<sup>1253</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 93.

compatíveis com uma dada situação, mas, nos dois casos, sem carga declaratória suficiente para o trânsito em julgado, porque não estão exauridas as fases procedimentais de alegações e provas<sup>1254</sup>.

Não podem ser confundidos, contudo, os juízos de certeza e probabilidade os quais são estudados no plano estritamente jurídico, com os eventuais juízos de certeza e probabilidade mentalmente formulados pelo juiz na apreciação do caso concreto, pois são dois mundos distintos: o psicológico e o jurídico<sup>1255</sup>. De igual modo, não se pode misturar “cognição sumária” com “procedimento sumário”, pois, neste, a cognição pode ser exauriente<sup>1256</sup>, a exemplo do que ocorre com a sentença de mérito no mandado de segurança. Dito de outro modo, enquanto, no processo formalmente sumário, a cognição pode ser exauriente, no processo materialmente sumário, a cognição é, de forma necessária, menos aprofundada em sentido vertical. A rigor, somente essa espécie de cognição permite a efetividade da tutela cautelar<sup>1257</sup>, bem como da tutela sumária antecipatória<sup>1258</sup>. Para resumir, a “tutela sumária” pode ocorrer com a “cognição sumária” ou “superficial”, com o mero procedimento abreviado ou, ainda, com a junção de ambos.

É importante observar, igualmente, que a combinação dessas várias técnicas de cognição pode criar procedimentos judiciais ajustados às reais necessidades de tutela (peculiaridades do direito material)<sup>1259</sup>, e o procedimento da estabilização da tutela antecipada satisfativa (arts. 303-304 do CPC/2015), já estudado nesta pesquisa, é um exemplo claro dessa afirmação. A técnica antecipatória, por exemplo, permite a criação das denominadas “tutelas jurisdicionais diferenciadas”<sup>1260</sup>, que, se comparadas ao paradigma do rito ordinário,

<sup>1254</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 24-25. Importa ressaltar que, segundo a doutrina, as liminares em mandado de segurança constituem uma exceção, pois tais provimentos exigem cognição sumária, e não superficial. É que, nessa hipótese, como explica Luiz Guilherme Marinoni, “a cognição não recai sobre a afirmação do fato. No mandado de segurança a liminar é concedida com base no juízo de probabilidade de que o fato afirmado e provado, não será demonstrado em contrário pelo réu”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 26. No mesmo sentido, Cf. LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. atual. São Paulo: RT, 1994, p. 27-28.

<sup>1255</sup> ALVIM, Arruda. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 97, p. 95-96, nota de rodapé n. 13, jan./mar. 2000.

<sup>1256</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Tutelas de urgência de efetividade do direito”. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 91-92.

<sup>1257</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76.

<sup>1258</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994, p. 61.

<sup>1259</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 36.

<sup>1260</sup> A doutrina, de uma maneira geral, vincula o conceito de “tutela jurisdicional diferenciada” aos provimentos concedidos com base em cognição sumária, com a imediata aptidão para a tutela do direito material, ou seja, nas hipóteses em que a tutela jurisdicional, ainda que não definitiva, seja concedida antes de ocorrer cognição exauriente. Nesse sentido, dentre outros, Cf. SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 141.

proporcionam mais efetividade do processo em favor do jurisdicionado. É preciso perceber, todavia, que, se, por um lado, a diminuição do formalismo<sup>1261</sup> — por meio de provimentos de cognição sumária, na perspectiva das necessidades do direito material<sup>1262</sup> e dos valores constitucionais — converge para adequação procedimental, de outro, exige cautela, para que não sejam desrespeitados os valores que decorrem do devido processo legal, permitindo-se, sempre, o imediato controle jurisdicional acerca de eventuais excessos<sup>1263</sup>. Sendo assim, como os provimentos baseados em cognições sumária e superficial estão mais suscetíveis à concretização de injustiças do que os fundamentados em cognição exauriente, somente devem ser concedidos nas situações fáticas que efetivamente os justifiquem, sempre em decisão devidamente fundamentada.

É que, na cognição exauriente, prestigiam-se, ao máximo possível, o princípio do contraditório e o conhecimento completo das alegações fáticas pelo juiz, possibilitando que a decisão tenha carga declaratória suficiente para formar coisa julgada material<sup>1264</sup>, enquanto a tutela sumária opera com juízos de verossimilhança ou hipotéticos, eventualmente se reservando exceções e outras alegações a processo pleno posterior<sup>1265</sup>. Por outro lado, por pressupor um juízo de probabilidade ou de aparência, único capaz de apresentar uma prestação jurisdicional pronta e eficaz nas tutelas de urgência, o provimento baseado em cognição sumária, rarefeita ou superficial não possui carga declaratória suficiente à produção de coisa julgada material. Nesse caso, entre a perfeição e a celeridade, o legislador procurou privilegiar esta última, mas, em contrapartida, deixou de conferir a autoridade da coisa julgada material ao conteúdo declaratório assentado em cognição sumária<sup>1266</sup>.

Impõe-se indagar, neste momento, se a cognição superficial ou sumária sofre alguma influência do paradigma da verdade, ou seja, sendo mais específico, no momento da apreciação do pedido de tutela de urgência satisfativa, se o juiz deve se preocupar com uma

---

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 735. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p. 190.

<sup>1261</sup> MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 176.

<sup>1262</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: a influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52-53.

<sup>1263</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 124.

<sup>1264</sup> O tema já tinha sido objeto de aprofundamento em estudo anterior, Cf. REIS, Sérgio Cabral dos. “Prescrição, mérito e coisa julgada material na execução?”. *Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Antonio Adonias Bastos coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2012, p. 559-600.

<sup>1265</sup> KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 112. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

<sup>1266</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 142.

verdade acerca dos fatos ou não. Essa indagação é relevante, pois, além de provocar eventual comportamento antidemocrático do juiz, a depender da resposta, a maior ou menor diligência na investigação dos fatos pode causar exatamente o que se pretende evitar nesta tese: a ocorrência de dano irreparável ou irreversível à saúde do jurisdicionado. Há que se separarem, nesse sentido, as situações de extrema urgência das que, não obstante merecedoras de tutela jurisdicional, não reclamam uma medida efetiva de imediato. Na realidade, como se verá nos próximos tópicos, devem-se equilibrar as questões relacionadas à falibilidade humana das relativas à vontade de perfeição quanto à concessão de provimentos judiciais, percebendo-se que a pretensão de correção, como aporia fundamental do Direito, submete-se a limites procedimentais impostos pelo legislador democrático.

### **5.1.2 Verdade, convicção e processo: do objeto probatório no Estado Democrático de Direito**

A Constituição, na era do novo Direito Constitucional, é o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídicas, assumindo um caráter fundamental na construção do novo Direito Processual. Nele, certamente, a teoria e a prática se complementam e encontram, na solução do caso concreto, seu ponto culminante, quando, efetivamente, os cidadãos sentem que o direito existe para protegê-los, e não para amesquinhar a sua condição humana. Desse modo, a conexão entre a teoria constitucional e a tutela processual dos direitos serve de suporte crítico para a construção não de “novas” teorias e práticas, mas, sobretudo, para a construção de técnicas que se tornem mais efetivas, rápidas e adequadas à prestação jurisdicional.

O direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), base do novo Direito Processual, significa o direito à ordem jurídica justa, não se limitando apenas à mera “admissão ao processo” ou à possibilidade de ingresso em juízo. Trata-se do mais básico dos direitos humanos, pois, sem ele, certamente, todos os direitos são destituídos de sentido<sup>1267</sup>. Nessa perspectiva, pode-se dizer que o direito de acesso à justiça abrange os seguintes aspectos: a) o ingresso em juízo; b) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; c) a participação dialética na formação do convencimento judicial (efetividade do contraditório); d) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); e) a construção de

---

<sup>1267</sup> CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 11-12.

técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

Dessa forma, pode-se afirmar que o Direito Processual do Século XXI não é apenas uma tendência no plano teórico, pois, na prática, contrariamente, exige do jurista novas práticas, para que, assim, seja possível resistir, sempre com apego ao conjunto axiológico da Constituição, a toda forma de retrocessos, o que servirá para a concretização da consciência constitucional e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais. O seu desafio, portanto, é cultural, já que o seu propósito é mudar a forma de condução do processo, que sempre deve ser visto como forma de realização do direito material. É nesse contexto que deve ser analisada a questão da avaliação dos fatos, pois, conforme preleciona Michele Taruffo<sup>1268</sup>, a justiça da decisão é diretamente proporcional à abertura procedimental para a busca da verdade<sup>1269, 1270</sup>.

Mas, se realmente for assim, que verdade se pode obter no processo? A aferição probatória tem alguma correlação com a obtenção da verdade? Há uma verdade objetiva que se deva aferir no processo? A verdade, se existente, é algo que tem a ver com realidade ou linguagem? Decidir acerca do pedido de tutela jurisdicional de urgência sobre interferência das teorias da verdade? A obtenção da verdade impede a concessão de provimentos fundamentados em juízos cognitivos de verossimilhança? Resolver, metodologicamente, essas questões é relevante, para consolidar uma das conclusões deste trabalho, no sentido de que a tutela sumária é natural em tempos de conflitos sociais na pós-modernidade. Em outros termos e sendo até mais específico, no caso da judicialização da saúde, as tutelas de urgência em demandas individuais não sofrem qualquer restrição das teorias da verdade<sup>1271</sup>, como se verá neste tópico.

A ideia de verdade é relevante, pois apresenta reflexos praticamente sobre toda a

---

<sup>1268</sup> TARUFFO, Michele. “As verdades judiciais”. Tradução de José Tesheiner. *Ensaios sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 189.

<sup>1269</sup> Para Michele Taruffo, “nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos determinados erroneamente”, pois “a justiça da decisão pode ser definida através de três condições, separadamente necessárias e conjuntamente suficientes, quais sejam: a correção do procedimento, a justa interpretação e aplicação da lei substantiva e a veracidade da apuração dos fatos”. Cf. TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22 e 257-258, respectivamente.

<sup>1270</sup> MITIDIÉRO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 66, mar. 2014.

<sup>1271</sup> Não constitui objeto desta pesquisa estudar as teorias da verdade (correspondência, coerência, pragmática, semântica e da redundância). Para um estudo amplo a respeito desse tema, Cf. HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 127-184. Pretende-se, neste tópico de estudo, apenas, demonstrar que, independentemente da concepção que se adote, é possível ao juiz investigar os fatos, para decidir adequadamente.

estrutura do processo<sup>1272</sup>. A título de breve notícia histórica, observa-se uma divergência entre as concepções de prova e sua correlação com a verdade. Como preleciona Danilo Knijnik<sup>1273</sup>, no sentido clássico, a ideia de prova, dominante nos séculos XII a XV da Idade Média, é fruto de uma perspectiva problemática, tópica e argumentativa, pois se partia da premissa das limitações humanas quanto à apreensão do “fato”. Diante da falibilidade do próprio conhecimento humano, procurava-se evitar o erro e, com efeito, a injustiça. Nesse sentido, os juristas medievais valorizavam o debate enquanto tal, emprestando-lhe uma função constitutiva, para se obter, diante da impossibilidade do alcance de uma verdade absoluta, uma verdade provável. Procurava-se, assim, uma verdade obtida pelo diálogo procedimental, ou seja, pelo debate regrado em sua estrutura e escolhas éticas. Não era essa, contudo, a ideia de prova na modernidade. Inspirada no Iluminismo, no Positivismo e no Racionalismo cientificista, reconhecia-se apenas o sentido objetivo de verdade, como se fosse possível apreender o mundo fenomênico aos domínios da razão e do conhecimento. Com efeito, era natural que o “juiz-funcionário da Revolução Francesa” considerasse a aferição dos fatos como uma “operação técnica”<sup>1274</sup>, ou seja, um procedimento de caráter demonstrativo e lógico-gnosiológico<sup>1275</sup>.

A doutrina, contudo, não tem admitido a possibilidade de obter a verdade absoluta<sup>1276</sup>, e isso não só no campo processual, mas em todas as formas de conhecimento<sup>1277</sup>. No que se refere à busca da verdade factual por intermédio do processo, diversos fatores contribuem para esse ceticismo, a exemplo do tempo de duração, a rigidez procedimental, o uso de presunções e limitações probatórias, inclusive de origem negocial. Entende-se, nesse sentido, que todo juízo de verdade enseja um “juízo de probabilidade”, que é diferente do “juízo de verossimilhança”, pois se refere a uma questão de possibilidade, a partir de uma projeção do que ocorre normalmente. Assim, da verdade absoluta, passa-se à ideia de “verdade provável”, uma probabilidade suficiente para a sua função no sistema jurídico, no sentido de que o juízo de verossimilhança chega ao final do processo, diante do alto grau de probabilidade pelo

<sup>1272</sup> CARRATTA, Antonio. “Dovere di verità e completezza nel processo civile” (parte prima). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Cedam, anno LXVIII, n. 1, p. 47, mar. 2014.

<sup>1273</sup> KNIJNIK, Danilo. “Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”. *Revista Forense*, ano 97, v. 353, p. 22-25, jan./fev. 2011.

<sup>1274</sup> Nesse sentido, Cf. DENTI, Vittorio. “L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civile contemporanei”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XX, n. 1, p. 33, 1965.

<sup>1275</sup> PICARDI, Nicola. “Do juízo ao processo”. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 62-66.

<sup>1276</sup> Por todos, ilustrativamente, Cf. TARUFFO, Michele. “Modelli di prova e di procedimento probatorio”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno 45, n. 2, p. 444, apr./jug. 1990.

<sup>1277</sup> Em sentido contrário, admitindo a integridade do conceito de verdade nas ciências sociais e na sociedade da informação, Cf. GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 7-9.

exaurimento das fases procedimentais, como um juízo de certeza jurídica (ficta ou convencional)<sup>1278</sup>, por força da coisa julgada, que têm a estabilidade e a segurança como valores fundamentais<sup>1279</sup>. Dessa forma, prepondera o entendimento de que, até o proferimento da decisão definitiva, compõem o processo alegações fáticas controvertidas, na medida em que cada parte apresenta uma versão parcial e tendencialmente interessada acerca dos fatos, e a finalidade do processo seria obter elementos para diminuir ou até mesmo eliminar esse estado de incerteza<sup>1280</sup>.

A doutrina, desse modo, na perspectiva de que a linguagem é constitutiva da realidade<sup>1281</sup>, e tendo em vista a concepção do contraditório cooperativo e a revalorização da retórica, adere majoritariamente a uma das teses relacionadas à verdade: a tese da verdade como consenso argumentativo<sup>1282</sup>.

Sendo assim, pode-se concluir que, epistemologicamente, tem-se constatado, no desenvolvimento dos estudos filosófico-processuais, um verdadeiro ceticismo pós-moderno em relação à verdade, como critério viável para a aferição dos fatos relacionados à causa. Por isso, não se admite que aquilo que corresponde à realidade do mundo fenomênico pode ser considerado como “verdadeiro”. Em outras palavras, não se admite que é a realidade histórica do que ocorreu antes do processo que determina a falsidade ou a veracidade das alegações fáticas deduzidas no processo. Acontece, todavia, que, considerando um processo judicial, os fatos existiram ou não, condicionando a realidade, e as alegações acerca dos mesmos podem ser verdadeiras ou falsas<sup>1283</sup>, independentemente de as partes aderirem ou não às conclusões<sup>1284</sup>. Assim, não se pode negar aquilo que ocorre, todos os dias, dentro e fora do processo<sup>1285</sup>, devendo-se refutar a ideia de que a verdade no processo civil é algo

<sup>1278</sup> Jordi Ferrer Beltrán, distinguindo proposições “verdadeiras” das proposições “tidas por verdadeiras”, defende, em favor destas últimas, que se deve trabalhar, no processo judicial, com a noção de “aceitabilidade de uma proposição”. Cf. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017, p. 78.

<sup>1279</sup> ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014, p. 73-74.

<sup>1280</sup> GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 142-158.

<sup>1281</sup> COQUET, Jean-Claude. *A busca do sentido: a linguagem em questão*. Tradução de Dilson Ferreira Cruz. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 1.

<sup>1282</sup> PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars: le matrice storico-culturali del contraddittorio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, anno LVII, n. 1, p. 21-22, mar. 2003.

<sup>1283</sup> Conforme preleciona Paulo de Barros Carvalho, apesar de as conquistas do “giro linguístico” serem essenciais ao fenômeno do conhecimento humano, não se pode prescindir dos valores “verdadeiro” ou “falso” no âmbito da linguagem empregada em função descritiva. Nesse sentido, Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013, p. 161.

<sup>1284</sup> GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 12.

<sup>1285</sup> TARUFFO, Michele. “As verdades judiciais”. Tradução de José Tesheiner. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 194.

inatingível<sup>1286, 1287</sup>.

Ademais, como adverte Bertrand Russell<sup>1288</sup>, “o respeito pela verdade objetiva pode funcionar como freio com relação às ilusões do poder ilimitado que brotam da tendência subjetivista”. É inegável que há incompletude do conhecimento, mas isso não significa dizer que a verdade dependa da existência de consensos, de crenças ou de descrições dos sujeitos. Mesmo impossível a completude, é certo que o conhecimento acerca da realidade pode ser verdadeiro, por haver uma perfeita correlação entre a conclusão e o que ocorreu no plano dos fatos. Pode-se dizer, em outra perspectiva, que uma conclusão acerca de determinada afirmação processual, apesar de exaustivamente justificada, não seja verdadeira, pois se mostra dissonante com a realidade. Sendo assim, a verdade existe, é objetiva e não depende da linguagem ou do consenso entre os sujeitos envolvidos<sup>1289, 1290</sup>.

Conforme preleciona Michele Taruffo<sup>1291</sup>, “na prática judiciária, a prova da veracidade de uma afirmação factual é frequentemente alcançada por intermédio de evidências confiáveis, da aplicação de garantias válidas e pela construção de inferências logicamente corretas”. Nessa forma de analisar a questão, defende-se que um processo justo, desejável no Estado Democrático de Direito, depende de decisões justas, que, por sua vez, estão relacionadas ao acerto quanto aos fatos da causa, sendo, inclusive, um dos objetivos centrais do processo<sup>1292</sup>. Em outros termos, na medida em que o processo é estruturado de modo a

<sup>1286</sup> RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. “Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 88, dez. 2015.

<sup>1287</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 23-26.

<sup>1288</sup> RUSSELL, Bertand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. 21. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 497.

<sup>1289</sup> Nesse sentido, por todos, Cf. TARUFFO, Michele. *La simplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza: 2009, p. 79. Para uma crítica à doutrina de Michele Taruffo, na doutrina italiana, Cf. CAVALLONE, Bruno. “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV, n. 1, p. 1-26, jan./fev. 2010. Esse estudo, todavia, teve réplica, Cf. TARUFFO, Michele. “Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV, n. 5, p. 995-1011, set./out. 2010. Criticando a tese de Michele Taruffo na doutrina brasileira, ilustrativamente, Cf. STRECK, Lenio Luiz. “Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo”. *Sequência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 74, p. 115-136, dez. 2016.

<sup>1290</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 27-28. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem que, apesar de a verdade absoluta ser inatingível, deve-se afastar um ceticismo radical, para reconhecer que os fatos em si sejam um relevante “parâmetro de referência”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 60.

<sup>1291</sup> TARUFFO, Michele. “Derrotabilidade da verdade judicial”. Tradução de José Borges Motta. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 208.

<sup>1292</sup> HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 69.

viabilizar imparcialmente a produção de resultados precisos<sup>1293</sup>, deve-se buscar o acerto quanto às alegações fáticas da causa<sup>1294</sup>.

O Direito, nesse sentido, apresenta critérios externos de aferição da verdade das alegações fáticas, por intermédio da prova. Acontece, todavia, que considerar uma alegação fática comprovada não significa que ela seja verdadeira, ou que o juiz tenha sido efetivamente convencido. É possível ocorrer, de um lado, um fato sem o convencimento do juiz, ou seja, verdade sem certeza, e, de outro, haver certeza sobre um determinado acontecimento, sem que o fato tenha efetivamente ocorrido<sup>1295</sup>. Assim, considerar uma alegação provada significa, sob o ponto de vista pragmático, que existem elementos de comprovação suficientes, conforme o Direito, por intermédio dos *standards* probatórios. Revela-se fundamental, nesse sentido, que o procedimento judicial seja justo e adequado, permitindo a completude probatória diante das circunstâncias da causa<sup>1296</sup>.

Cumpra indagar, diante dessas considerações, qual é a função da prova no processo civil? Tem-se entendido que a função da prova é demonstrar a veracidade ou a falsidade das “alegações fáticas”<sup>1297</sup> deduzidas no processo por meio de procedimento racional, em que os próprios atos probatórios e os seus resultados são controlados judicialmente, inclusive pelos destinatários da decisão, ou até mesmo por todos os interessados em geral<sup>1298</sup>. A finalidade da prova, nessa perspectiva, não é a reconstrução dos fatos, mas sim embasar, procedimentalmente, o debate judicial, para que a decisão seja legítima<sup>1299</sup>.

Dessa forma, a pesquisa da verdade não pode ser vista, no processo civil, como um problema metafísico, mas sim como um problema político, voltado a viabilizar a resolução de

<sup>1293</sup> Para Michele Taruffo, é possível correlacionar a imparcialidade do juiz com o seu comportamento em relação à aferição dos fatos da causa. Em sua opinião, “o juiz é verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão”. Nessa perspectiva, “ele deve também orientar o próprio comportamento com o fim da apuração da verdade dos fatos com base nas provas”. Cf. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 144.

<sup>1294</sup> CHIARLONI, Sergio. “Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Cedam, anno LXIII, n. 4, p. 102-103, dic. 2009.

<sup>1295</sup> RIGUETTI, Gabriel Felipe Rogueto. “Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 85, dez. 2015.

<sup>1296</sup> Por todos, Cf. RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 93-99 e 117-118.

<sup>1297</sup> No sentido de que a atividade instrutória afere a verdade do que se “alegou”, Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuali civile*. Vol. 1. Padova: Cedam, 1936, p. 674.

<sup>1298</sup> CARRATA, Antonio. “Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatorio”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LVI, n. 1, p. 75-76, gen./mar. 2001.

<sup>1299</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 63-64.

conflitos e a tutela de direitos em tempo razoável<sup>1300</sup>, e, nesse sentido, é perfeitamente compatível com os provimentos judiciais concedidos com base em cognição sumária<sup>1301</sup>. Não obstante o esforço para a reconstrução da realidade, é preciso ter a consciência de que essa atividade atingirá resultado meramente probabilístico, e a prova desempenhará função instrumental quanto à atividade do juiz, no sentido de declarar o que provavelmente aconteceu ou vai acontecer e, principalmente, extrair os correspondentes efeitos desses fatos apurados, constatações essas que impossibilitam qualquer tentativa de graduação da verdade no processo. Em outras palavras, como o juiz trabalha com verossimilhança e diálogo argumentativo<sup>1302</sup>, a prova tem a função de convencê-lo acerca da veracidade ou não das alegações fáticas aduzidas no processo, e a busca desse convencimento recebe limitações da própria ordem jurídica, que, se assim não as estabelecesse, fixando a chamada “verdade objetiva” como propósito máximo do processo, estar-se-ia diante de ideologias autoritárias baseadas no historicismo científico<sup>1303</sup>.

Por conta desse receio, a doutrina garantista<sup>1304</sup> tem criticado a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, defendendo, inclusive, que este, para não se tornar parcial, deve renunciar a qualquer pretensão de investigar cientificamente a verdade no processo<sup>1305</sup>. O garantismo visualiza o processo como um método pacífico de solução de conflitos, caracterizado pelo debate dialogal e argumentativo, de modo que eventual desvio dessa sua natureza passa a ser visto como uma anomalia. Sendo assim, o garantismo apresenta-se antagonicamente às ideias do chamado “solidarismo judicial” ou “socialismo processual”<sup>1306</sup>, as quais conduzem a

<sup>1300</sup> Nessa perspectiva, acerca do comportamento das partes, na doutrina italiana, Cf. CARRATTA, Antonio. “Dovere di verità e completezza nel processo civile” (parte seconda). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Cedam, anno LXVIII, n. 2, p. 491-522, giu. 2014.

<sup>1301</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O juiz aplica a lei à verdade dos fatos?”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 216, p. 425-430, fev. 2013.

<sup>1302</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 54-55.

<sup>1303</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral (institutos fundamentais)*. Tomo II. Vol. II. São Paulo: RT, 2015, p. 62-67.

<sup>1304</sup> Por todos, Cf. VELLOSO, Adolfo Alvarado. “O garantismo processual”. *Processo civil nas tradições brasileira e ibero-americana*. Coordenadores Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 18-30.

<sup>1305</sup> AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 244. Na doutrina brasileira, defendendo que não haja coincidência entre o juiz instrutor e o juiz julgador, Cf. RAMOS, Glauco Gumerato. “Repensando a prova de ofício”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, p. 315-337, dez. 2010.

<sup>1306</sup> O socialismo processual decorre, historicamente, da concepção que visualiza o processo como instituição de caráter público. O abstencionismo estatal passou a sofrer a crítica socialista, que surgiu das condições degradantes que eram impostas aos trabalhadores nos séculos XVIII e XIX. As correntes socialistas, assim, surgiram como uma alternativa ao liberalismo clássico, que imperava à época. As ideias socialistas passam a valorizar os cidadãos em ambiente de cooperação mútua, a ser estimulada pelo Estado. O indivíduo, assim, não deve ser considerado apenas a partir de seus projetos pessoais, pois é considerado um ser intrinsecamente social, motivo pelo qual se pressupõe que é somente por intermédio da coesão comunitária que poderá superar seus problemas. Como nem todos tiveram igualdade de condições de oportunidades, a igualdade formal, contemplada

atuação do juiz à obtenção da justiça e da verdade, finalidades de difícil aferição e controle objetivos. Procura-se enfatizar, ademais disso, que o juiz deve ter compromisso com o seu tempo e com a sociedade, inclusive para tutelar o litigante mal defendido, aspectos que, igualmente, comprometem o devido processo legal, a previsibilidade e a autonomia do Direito. Não é difícil perceber, desse modo, que todas essas concepções favoreçam atuações inquisitórias e discricionárias do juiz, que, por não se visualizar mais como um terceiro entre as partes, sente-se à vontade para desrespeitar a Constituição e as regras processuais pré-estabelecidas, a exemplo das que disciplinam o sistema de preclusão, em nome de seus valores subjetivos<sup>1307</sup>.

Essas preocupações garantistas, certamente, são perfeitamente legítimas, mas elas não têm o condão de excluir alguma iniciativa probatória por parte do juiz<sup>1308</sup>. É preciso alertar que, por reação a posturas ativistas e antidemocráticas, tem-se percebido que há, atualmente, uma verdadeira ojeriza à iniciativa probatória do juiz, como o Brasil caminhasse para o clássico modelo *adversarial* do direito anglo-americano<sup>1309</sup>. É importante perceber, todavia, que a concessão de poderes instrutórios ao juiz não está relacionada a ideologias ou regime

---

até então pelo liberalismo clássico, passa a ceder espaço à intervenção do Estado, que promove a igualdade social, fortalecendo os laços de coesão na sociedade. Essas ideias, certamente, exerceram influência sobre o âmbito processual, pois a passividade judicial e a justiça burocrática do século XIX, que deixava as partes entregues à sua própria sorte, conduziam o processo a resultados injustos, pois a realidade social demonstrava que era ilusória a ideia de igualdade entre as partes. Nesse sentido, a concepção de que o processo era um duelo que deveria ser conduzido sob a supervisão passiva do juiz quanto ao formal cumprimento de suas regras viabilizava a superposição da parte economicamente mais forte, muitas vezes em detrimento da realidade fática que o antecedeu. Com efeito, revelou-se natural o surgimento da tese de que o juiz não deveria ser indiferente acerca da investigação dos fatos da causa. Como a preocupação passou a ser relacionada com a justiça social, o juiz, devendo buscar a chamada “verdade real”, passou a ser o protagonista do processo, inclusive com iniciativa probatória, para reequilibrar o jogo de forças em favor da parte hipossuficiente. A partir desse cenário, sendo o processo visualizado como instituição de caráter estritamente público, o direito de ação passou a ser concebido como autônomo em relação ao direito material, e o juiz, repita-se, o sujeito representante dos valores sociais no processo. Todas essas ideias, certamente, foram absorvidas por Oskar Von Bülow, Antonio Menger, ferrenho crítico do processo civil liberal, e Franz Klein. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Tese de doutorado, PPGD – PUC-MG. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte, 2008, p. 47-69.

<sup>1307</sup> AROCA, Juan Montero. “Prova e verdade no processo civil: contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas”. *Processo civil nas tradições brasileira e ibero-americana*. Coordenadores Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro. Florianópolis: Conceito, 2014, p. 413-426.

<sup>1308</sup> É preciso deixar claro que, no diálogo equilibrado que deve existir entre as ideias de “garantismo” e “eficiência”, o essencial, ao invés de eliminar, é estabelecer os limites dos poderes instrutórios do juiz. Nesse sentido, por todos, Cf. JUNOY, Joan Pico i. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado”. *Proceso civil e ideologia*. Juan Montero Aroca Coordenador. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 134-135.

<sup>1309</sup> No sentido de que o processo *adversarial* não é estruturalmente orientado para a declaração da verdade, Cf. JOLOWICZ, J. A. “Modelos *adversarial* e *inquisitorial* de processo civil”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 100, v. 372, p. 137, mar./abr. 2004. No mesmo sentido, Cf. TARUFFO, Michele. “As verdades judiciais”. Tradução de José Tesheiner. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 187.

políticos<sup>1310</sup>. Ora, se o processo não é assunto que interessa apenas ao Estado, também não deve ser visto como um duelo de interesse exclusivo das partes<sup>1311</sup>, e tanto isso é verdadeiro, que o tradicional processo norte-americano recepcionou um modelo mais ativo e gerencial por parte do juiz<sup>1312</sup>.

É certo que alguns ordenamentos jurídicos democráticos limitam o exercício de poderes probatórios por parte do juiz, ao estabelecerem uma regulamentação moderada dessa prerrogativa<sup>1313</sup>, mas, no caso do Brasil, a situação parece ser diferente. O art. 370 do CPC/2015 preconiza, categoricamente, que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. É negável, assim, que o juiz brasileiro dispõe de poderes instrutórios, inclusive como parte integrante da base axiológica da noção de justo e imparcial processo<sup>1314</sup>.

Deve-se construir, entretanto, um modelo cultural de equilíbrio entre a inércia judicial e a supervalorização do princípio do inquisitivo<sup>1315</sup>, para consagrar a ideia de processo colaborativo, no sentido de que a atuação do juiz, no campo probatório, manifesta-se em “atividade complementar às partes”<sup>1316</sup>. Pode-se admitir, assim, que haja um “ativismo judicial equilibrado”<sup>1317</sup>, no sentido de o juiz ser proativo na aferição das alegações fáticas do

<sup>1310</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?”. *Garantismo processual: garantais constitucionais aplicadas ao processo*. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid coordenadores. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 36-37.

<sup>1311</sup> No particular, afirma Luigi Ferrajoli que, “se uma justiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010, p. 48.

<sup>1312</sup> RESNIK, Judith. “Managerial judges”. *Harvard Law Review*, vol. 96, 1982, p. 376-377. Este artigo também foi publicado no Brasil, mas na língua espanhola, Cf. RESNIK, Judith. “Los jueces como directores del proceso”. Traducción al español de Maria Emilia Mamberti y Francisco Verbic. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 268, p. 189-287, jun. 2017.

<sup>1313</sup> Ilustrativamente, podem ser citados os artigos 115 e 281 do *Codice di Procedura Civile* italiano, o artigo 282 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha e os artigos 264º, 3, e 266º do Código de Processo Civil português.

<sup>1314</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A garantia do devido processo legal e a busca da verdade”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 77, p. 45, mar./abr. 2017.

<sup>1315</sup> Em sentido similar, Cf. RICCI, Gian Franco. “Il processo civile fra ideologie e quotidianità”. *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2005, p. 258-259.

<sup>1316</sup> Nesse sentido, Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 82-91. Arruda Alvim defende que a atuação oficiosa do juiz deve ser supletiva à atividade das partes, somente se justificando nas seguintes hipóteses: a) disparidade de armas manifesta; b) casos que versem sobre direitos indisponíveis; c) situações em que o juiz já dispunha de algum indicativo da prova a ser produzida, a exemplo de testemunha ou documento referidos por uma das partes, para esclarecer os fatos que as partes não demonstraram. Nessa perspectiva, com a ressalva de que não é possível utilizar provas obtidas por meios ilícitos no processo, Arruda Alvim advoga, por exemplo, a tese de que, quando a causa versar sobre direitos disponíveis, é perfeitamente possível um negócio processual pela não produção de provas, limitando-se à cognição do juiz pelo consenso e pela conveniência das partes. Nesse sentido, Cf. ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 142.

<sup>1317</sup> A expressão e a ideia são de Júlio Cesar Goulart Lanes. Cf. LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 164.

processo<sup>1318</sup>, sem, todavia, perder a sua imparcialidade e invadir o espaço reservado às partes<sup>1319</sup>, ou seja, o juiz deve cooperar com as partes e, na mão oposta, delas deve receber cooperação, permitindo, passo a passo, a construção de uma decisão justa para a causa<sup>1320</sup>.

Nesse sentido, por exemplo, antes de decidir acerca de tutela individual do direito a prestações de saúde pública, pode o juiz, nos termos do Enunciado nº 13 da I Jornada do Direito da Saúde, promovida pelo CNJ, de ofício, determinar a oitiva do gestor do SUS na localidade, a fim de obter melhores informações técnicas acerca do caso<sup>1321</sup>, sem que esse fato signifique a sua perda de imparcialidade<sup>1322</sup>. Ademais disso, se o litígio repercute no plano metaindividual, a exemplo das questões relacionadas às políticas públicas de saúde, não há qualquer problema em o juiz adotar certa “postura investigadora”, desde que sejam respeitados os direitos fundamentais dos envolvidos com os fatos investigados. Afinal, essas demandas por prestações de saúde pública fora do planejamento governamental, conforme será melhor detalhado na parte final desta pesquisa, possuem natureza estrutural e policêntrica, ou seja, reclamam atenção de interesse público, inclusive pelo fato de envolverem ordinariamente parte considerável do orçamento, comprometendo o acesso universal. Justifica-se, nesse sentido, a atenção do juiz acerca da realidade fática.

É correta a preocupação da doutrina<sup>1323</sup> com os excessos dos poderes instrutórios do

<sup>1318</sup> Se é possível ao juiz atingir a verdade absoluta, essa proposição não significa que ele não deva tentar chegar tão perto dela quanto razoavelmente possível. Nesse sentido, Cf. JOLOWICZ, J. A. “Modelos *adversarial* e *inquisitorial* de processo civil”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 100, v. 372, p. 143, mar./abr. 2004.

<sup>1319</sup> Como esclarece Humberto Theodoro Jr., “a iniciativa da prova reconhecida legalmente ao juiz deve ser observada sempre que a parte, por qualquer razão, deixe de propiciar a instrução processual necessária à revelação da verdade em torno dos fatos controvertidos, desde que não se quebre a imparcialidade do juiz natural”. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A garantia do devido processo legal e a busca da verdade”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 77, p. 48, mar./abr. 2017.

<sup>1320</sup> Nesse sentido, na perspectiva do art. 115 do CPC italiano, Cf. TARUFFO, Michele. “O princípio dispositivo em matéria de provas”. Tradução de José Tesheiner. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 137-143.

<sup>1321</sup> Assim dispõe o Enunciado nº 13 da 1ª Jornada de Direito à Saúde: “Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas”. Observe-se que, caso o medicamento não esteja na lista, o representante do governo deverá indicar “alternativas terapêuticas” já existentes no SUS. Se não houver outras opções, ou o médico discordar da proposta, todavia, nada impede que, nas audiências públicas realizadas a partir da coletivização do processo, que será analisada adiante, o governo ateste a eficácia do medicamento solicitado e avalie se é possível incluí-lo na lista do SUS. Observe-se, ainda, que é recomendável firmar convênio interinstitucional entre a justiça e o SUS, para que a comunicação mencionada ocorra, por exemplo, por meio de um sistema informatizado, agilizando a obtenção dessas informações.

<sup>1322</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 390.

<sup>1323</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. “Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da ‘busca da verdade real’ na instrução e fundamentação das decisões”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 91-117, dez. 2015.

juiz na “busca da verdade”, os quais, inclusive, podem ser utilizados para a satisfação de suas preferências pessoais para o caso, independentemente da regulamentação estabelecida pelo legislador democrático. Não é menos correta, porém, a conclusão de que ordem jurídica limita esses poderes instrutórios do juiz, conformando-o aos parâmetros jurídico-axiológicos do Estado Democrático de Direito, permitindo, assim, um controle acerca do seu exercício.

Impõe-se perceber que as bases culturais do século XX, em que não se constata a preocupação com a completude do material probatório, permitiram a construção científica da teoria do ônus da prova<sup>1324</sup>. Nesse sentido, passou a imperar a tese de que a verdade objetiva e externa aos autos não é algo essencial para o processo, bastando a presença de “*standard de correção*”<sup>1325</sup>, o que, certamente, exige uma reflexão crítica. O fechamento procedimental, diante da insuficiência probatória, é prejudicial ao sistema, pois o contentamento com um grau mínimo de convicção, para satisfazer os parâmetros argumentativos, tende a consolidar uma tese radical, em favor de critérios meramente formais e abstratos no momento da decisão, inclusive, como visto, procurando impedir qualquer atuação do juiz em direção ao acertamento decisório em comparação aos fatos da causa. Sendo assim, especialmente para os litígios de interesse público envolvendo prestações de saúde, deve-se reafirmar a necessidade de um critério que seja compatível com a qualidade das decisões, afastando o dogma do princípio do dispositivo para bases procedimentais colaborativas.

Para fins desta tese, adota-se uma posição intermediária quanto à investigação dos fatos: de um lado, a preocupação com a realidade; do outro, a observância das limitações impostas pela ordem jurídica e pela própria pressão dos fatos, quando se trata de medida de extrema urgência. Observe-se que não se defende, aqui, a adesão ao paradigma da filosofia da consciência, com o equivocado objetivo de capturar algo que é verdadeiro em sua essência, pois, contrariamente, tem-se a consciência de que a noção de verdade se constrói no processo racional de prática justificativa. O objetivo é bem mais modesto e pode ser sintetizado com a preocupação do juiz com a realidade histórica e o contexto fático no momento de decidir. Entender o contrário, sem qualquer reflexão crítica, significa permitir que a linguagem seja utilizada de forma abstrata, avalizando decisões meramente formais, mediante convencimento por intermédio de fórmulas preconcebidas pelo legislador, a exemplo das regras do ônus da prova.

---

<sup>1324</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 68-75.

<sup>1325</sup> HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 105.

### 5.1.3 Do ônus da prova em relação à escassez ou indisponibilidade de recursos

Antes de analisar a questão do ônus da prova relacionada à alegação de indisponibilidade de recursos financeiros, é importante fazer uma reflexão relevante acerca do “dever probatório” no direito anglo-americano. Em determinados ordenamentos jurídicos, a exemplo do sistema anglo-americano, comprovar parece ser um dever ou uma obrigação da parte. No procedimento da *discovery* norte-americana<sup>1326</sup>, por exemplo, o juiz pode compelir uma parte (ou um terceiro) a revelar informações que estiverem em seu poder e que sejam relevantes para o deslinde da causa<sup>1327</sup>. Essas informações podem ser extraídas de depoimentos, documentos e outras provas de cada parte, em momento anterior ao julgamento, evitando-se a surpresa. Tem-se entendido, nesse contexto, que a finalidade da *discovery* é que, normalmente por determinação judicial, uma parte apresente informações sobre fatos relevantes da causa à parte contrária<sup>1328</sup>, para que esta, antes da fase do *trial*<sup>1329</sup>, possa avaliar os riscos da demanda<sup>1330</sup>. Diante dessa análise, que comumente ocorre em período de negociação anterior ao início dos procedimentos junto ao tribunal<sup>1331</sup>, o instituto tem se apresentado como um instrumento de solução de conflitos de forma consensual<sup>1332, 1333</sup>.

Sendo assim, por um lado, o requerimento da *discovery* deve envolver fatos efetivamente relevantes do litígio e, de outro, não pode criar uma carga excessivamente onerosa à parte contrária. Ademais disso, a *discovery* não abrange documentos sigilosos, que

<sup>1326</sup> Para uma visão geral sobre o tema, na doutrina brasileira, por todos, Cf. CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. “*Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 245, p. 425-444, jul. 2015.

<sup>1327</sup> JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 41. No mesmo sentido, Cf. SERENI, Angelo Piero. *El proceso civil en los Estados Unidos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), 1958, p. 73.

<sup>1328</sup> FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomsom West, 2005, p. 398-400.

<sup>1329</sup> O estágio que compreende o oferecimento da demanda e o encerramento da *discovery* denomina-se *pretrial stage* (fase de pré-julgamento). Essa estágio, como se percebe, é extremamente importante, pois, além de outros aspectos, evita a surpresa de provas no julgamento. Nesse sentido, Cf. SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 8.

<sup>1330</sup> É interessante observar que a demanda pode ser modificada em consequência de novos elementos que surjam no decorrer da *discovery*.

<sup>1331</sup> Nesse sentido, Cf. SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 5.

<sup>1332</sup> Sobre o tema, Cf. ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making*. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 277-283. A doutrina tem defendido a necessidade de se importar e adaptar o instituto para o Brasil, pois o prévio conhecimento de boa-fé sobre as informações relevantes, que potencialmente podem ser utilizadas em eventual processo judicial, não somente possibilita a análise, pelas partes, das suas chances de sucesso, mas também privilegia a construção de soluções autocompositivas que pacificam com justiça. Nesse sentido, Cf. LAUX, Francisco de Mesquita. “Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 455-479, abr. 2015.

<sup>1333</sup> FOLLE, Francis Perondi. “A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovery*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 204, p. 131-152, fev. 2012.

tenham privilégio de confidencialidade, e deve-se ter o cuidado, naturalmente, para que a finalidade do instituto não seja desviada para uma inconveniente *fishing expedition*. A parte que descumprir a ordem judicial pode sofrer as sanções previstas na *Rule 37 (b) (2) (A)* das *Federal Rules of Civil Procedures*, dentre as quais a “limitação de seus direitos à prova e ao contraditório” e “a configuração de *contempt of court*”<sup>1334</sup>, além do pagamento de despesas processuais, incluindo os honorários advocatícios.

Na Inglaterra, atualmente, fala-se em *disclosure*, em vez da clássica *discovery*<sup>1335</sup>. Conforme se observa na regra 31.7 do CPC inglês, o dever de revelação ocorre em momento anterior ao próprio ajuizamento da demanda e, nos casos em que esta já foi proposta, na fase anterior ao julgamento, tendo como um de seus objetivos a obtenção de soluções autocompositivas<sup>1336</sup>. Assim como ocorre com o instituto similar norte-americano, se a revelação de informações e documentos for incompleta, e a demanda seja proposta, é possível a penalização por *contempt of court*<sup>1337</sup>.

Inspirada por essas ideias, parte da doutrina, a exemplo de Vitor de Paula Ramos<sup>1338</sup>,

---

<sup>1334</sup> INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 206. No mesmo sentido, Cf. RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 100-101. *Contempt of court* é uma expressão que significa, na prática, o descumprimento de uma ordem judicial, com consequências que vão da penalidade patrimonial (aplicação de multas) à restrição de liberdade (prisão), limitada a dois anos. Se alguém descumprir uma *injunction* contra si, será responsabilizado por desacato ao tribunal. De igual modo, se deixar de cumprir mandado de declaração de bens, no caso de *injunction* de indisponibilidade, ou deixar de honrar compromisso assumido junto ao tribunal. É interessante observar que, mesmo que o tribunal revogue a ordem proferida anteriormente, persistirá a responsabilização por desacato. Por outro lado, cumpre esclarecer que o *contempt of court* não se aplica apenas às partes, pois os terceiros que receberem ordem do tribunal, caso não a cumpram adequadamente, também poderão ser responsabilizados. Nesse sentido, Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formais judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 301-305. Sobre as origens do *contempt of court* na tradição da *Common Law*, consulte-se o seguinte estudo clássico: BEALE JR., Joseph H. “Contempt of court, criminal and civil”. *Harvard Law Review*, vol. XXI, n. 3, p. 161-174, jan. 1908. Para uma pesquisa mais ampla sobre o tema, Cf. DOBBS, Dan B. “Contempt of court a survey”. *Cornell Law Review*, vol. 56, n. 2, p. 188-284, jan. 1971. Na língua francesa, com foco na análise de casos envolvendo as mídias inglesa e escocesa de suposto desacato aos tribunais e suas consequências, Cf. GODARD, Joelle. “Contempt of court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice”. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, Dalloz, n. 2, p. 367-382, avr./juil. 2000.

<sup>1335</sup> De acordo com Oscar Chase, a diferença fundamental entre as práticas norte-americana e inglesa é a amplitude das exigências que podem ser feitas em relação à parte contrária. De forma mais restrita, na Inglaterra, a requisição de documentos no *pretrial* limita-se àqueles relacionados às alegações fáticas da petição inicial. Ademais, o testemunho privado ao estilo norte-americano não está disponível na Inglaterra, onde a tomada de depoimentos orais fora do tribunal somente é permitida mediante prévia autorização judicial e restringe-se a situações em que a testemunha está impossibilitada de comparecer à sessão de julgamento. Nesse sentido, Cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005, p. 60.

<sup>1336</sup> JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 41.

<sup>1337</sup> LAUX, Francisco de Mesquita. “Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 468, abr. 2015.

<sup>1338</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 93-116.

tem sustentado que aqui, no Brasil, também há espaço para a defesa da tese de que há um “dever de comprovar”, a exemplo do que prescreve o parágrafo único do art. 400 do CPC/2015, que trata da exibição de documentos<sup>1339</sup>. Parte-se da premissa de que uma decisão justa depende do acerto quanto aos fatos da causa, o que deveria impedir que as decisões sejam tomadas pelo critério do ônus da prova, pois este permite a existência de decisões dissonantes da realidade, ou seja, a ocorrência de decisões injustas. Sustenta-se que, sem a atribuição de um dever probatório às partes, estas teriam o direito de não levar à juízo uma prova que possa comprometer as suas respectivas teses. Nesse sentido, defende-se que o juiz poderia determinar, coercitivamente, que as partes produzam as provas que considera necessárias ao julgamento adequado do caso, o que justificaria, dentre outras medidas, o cancelamento da Súmula nº 372 do STJ.

Em reforço a essa tese, sustenta-se que o direito à não autoincriminação é norma específica do direito processual penal, não se aplicando às lides civis. Em outros termos, tem-se defendido que não há o direito fundamental de não produção de provas contra si próprio, motivo pelo qual a não existência de um “dever de provar” é perfeitamente compatível com a ordem jurídica brasileira, mesmo quando a prova for potencialmente prejudicial ao obrigado. Há limitações, todavia, quanto a esse dever, dentre as quais, segundo os defensores dessa tese, destacam-se a “impossibilidade de forçar alguém a submeter-se a exame que envolva o próprio corpo, diante do direito fundamental à integridade física e psíquica”, a inviolabilidade de domicílio, os fatos relacionados ao sigilo profissional<sup>1340</sup> (art. 5º, XIV, da CF) e as questões relacionadas à vida privada<sup>1341</sup>.

Prevalece, contudo, o entendimento de que as partes têm “ônus probatórios” em suas demandas, pois a busca da verdade encontra limites na ordem jurídica. Provar as alegações fáticas deduzidas no processo, além de um direito fundamental, é um “ônus processual”<sup>1342</sup>,

<sup>1339</sup> Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I – o requerido não efetuar a exibição nem fazer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II – a recusa for havida por ilegítima. Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

<sup>1340</sup> No sistema norte-americano, também há essa limitação, conforme se observa na *Rule 26 (b) (1)* das *Federal Rules of Civil Procedures*.

<sup>1341</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015, p. 104-111.

<sup>1342</sup> As partes encontra-se diante de “ônus”, “faculdades” e “deveres” no desenvolvimento do processo. São três categorias distintas. “Ônus” e “faculdades” processuais têm em comum a opção concedida pela ordem jurídica quanto à prática de determinada conduta. A diferença entre elas está no plano das consequências, pois, na verdadeira “faculdade processual”, pode-se adotar um comportamento A ou B, e a consequência será a mesma. Por exemplo, as partes têm a faculdade de juntar um recibo de pagamento como prova no original ou em fotocópia, pois, se não impugnado, o peso probatório será o mesmo. Já quando a parte está diante de um verdadeiro “ônus processual”, ela não tem a obrigação de praticar determinada conduta, mas, a depender do seu comportamento, a consequência será negativa, a exemplo de apresentar ou não um recurso de apelação contra

apesar de “imperfeito”<sup>1343</sup>. É preciso esclarecer, de logo, que as regras do ônus da prova são fundamentais na impossibilidade de produção probatória, ou seja, quando não é mais possível ter no processo elementos suficientes para a formação do convencimento. Se há prova suficiente, as regras do ônus da prova tornam-se desnecessárias, competindo ao juiz, independentemente do sujeito processual que a carregou aos autos, reconhecer os efeitos que ela produz.

Como o processo não pode durar indefinidamente, e o juiz — pelo princípio da indeclinabilidade da jurisdição — tem o dever de julgar, as regras do ônus da prova ajudam-no diante da ausência de convencimento. Observe-se que, mesmo o juiz tendo poderes instrutórios, a sua iniciativa depende, em alguma medida, da parte interessada, que detém maior conhecimento dos fatos. Assim, fracassados todos os mecanismos disponíveis para a formação da convicção judicial (provas produzidas pelas partes, provas produzidas de ofício, formação de presunções mediante a aplicação das máximas da experiência etc.), incumbe ao juiz decidir pelas regras do ônus da prova, as quais norteiam a sua atividade e sistematizam o procedimento probatório, evitando-se diligências desnecessárias e indesejáveis. Nesse sentido, as regras sobre ônus probatórios são, de um lado, “regras de julgamento” para o juiz e, de outro, “regras de atividade” normalmente dirigidas às partes, que, de antemão, já sabem sobre

---

uma sentença condenatória. Não apresentada, a situação processual do réu piorará, por conta do trânsito em julgado e da possibilidade de sofrer execução forçada. O “dever processual”, por sua vez, é imposto pela ordem jurídica, que não dá opção às partes. Por exemplo, não se tem o ônus ou a faculdade de evitar a litigância de má-fé, simplesmente há uma obrigação, que, se descumprida, incidirá nas sanções previamente previstas. Observe-se, nessa perspectiva, que o “dever” implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a ordem jurídica prescreve no interesse de outrem, enquanto o “ônus” é estabelecido no interesse do próprio onerado, que, se dele não se desincumbir, arcará com as consequências negativas que o sistema lhe impõe. Conclui-se, assim, que o descumprimento de um “dever processual” pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância de um “ônus processual” apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar uma situação jurídica melhorada.

<sup>1343</sup> Os “ônus processuais” podem ser “perfeitos” ou “imperfeitos”. No primeiro caso, ou seja, quando se trata de “ônus processual perfeito”, a opção por determinada conduta, a exemplo de não apelar contra uma sentença condenatória, acarretará, necessariamente, uma consequência negativa para a parte, a qual, nesse exemplo, seria o trânsito em julgado e a possibilidade de sofrer uma execução definitiva. Por sua vez, quando se trata de “ônus processual imperfeito”, a consequência negativa, embora possível e previsível, poderá não ocorrer. Por exemplo, o réu tem o ônus processual (imperfeito) de apresentar defesa em pedido de indenização por danos morais. Caso não o faça, sendo revel no processo, possivelmente terá contra si uma sentença condenatória, por conta dos efeitos materiais da revelia. Pode ser, todavia, que esse fato não ocorra, pois, hipoteticamente, poderia estar ausente uma matéria processual de ordem pública no processo ou ocorrer a incidência da prescrição ou da decadência. Em outros termos, no exemplo em apreço, o réu não saiu prejudicado, apesar de ter incidido em um ônus processual (deixar de apresentar defesa no momento adequado). Esse mesmo raciocínio pode ser estabelecido para o “ato de provar”. A parte que não produz prova que lhe cabia não será, necessariamente, derrotada, e isso basicamente por dois motivos: primeiro, por força do princípio da comunhão da prova, o juiz, ao apreciar e valorar a prova, terá liberdade para considerar todos os elementos instrutórios constantes dos autos, independentemente de quem os produziu, e, com base nisso, eventualmente o juiz pode chegar àquele mesmo convencimento a que a prova objeto do ônus o levaria. Assim, até mesmo uma prova produzida pelo adversário da parte que não cumpriu o ônus probatório pode tornar irrelevante essa omissão. Ademais disso, por força do art. 370 do CPC, em determinadas situações, o juiz poderá produzir provas de ofício, inclusive aquelas sobre as quais recaía o ônus da parte.

quais alegações fáticas devem se concentrar, para buscar o convencimento judicial.

Na atividade legislativa de distribuição do ônus da prova, analisa-se aquilo que ordinariamente ocorre, para considerar o interesse de cada parte quanto às suas alegações no processo e a maior aptidão probatória, ou seja, considera-se, neste caso, quem está em melhores condições para fazer a prova do fato que embasa sua posição jurídico-material, ou que derruba a posição jurídico-material do adversário. Assim, conforme se observa no art. 373 do CPC/2015, distribui-se estaticamente o ônus da prova conforme a posição processual que a parte assume: a) no polo ativo, compete-lhe provar o fato constitutivo de seu pretense direito; b) no polo passivo, cabe-lhe provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor. Não recai ônus da prova sobre o réu, quando ele não alega fato modificativo, impeditivo ou extintivo, mas apenas nega o fato constitutivo do direito alegado pelo autor. Trata-se de critério preestabelecido pela legislação, como forma de atribuir segurança e previsibilidade.

Deve-se perceber, todavia, que o § 1º do art. 373 autoriza o juiz a redistribuir o ônus da prova de modo diverso, se houver impossibilidade ou excessiva dificuldade no cumprimento do encargo, ou, ainda, se for mais simples a obtenção de prova do fato contrário. Trata-se daquilo que a doutrina denomina de “distribuição dinâmica do ônus da prova”. A parte interessada pode requerer ao juiz que proceda a tal redistribuição, mas o juiz deve agir até mesmo de ofício, uma vez presentes os requisitos, sempre por intermédio de decisão adequadamente fundamentada (art. 93, IX, da CF; arts. 11 e 373, § 1º, do CPC/2015), a qual pode ser objeto de imediata impugnação pelo recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, XI, do CPC/2015). Como pressuposto negativo da redistribuição dinâmica do ônus da prova, veda-se a atribuição de prova impossível ou excessivamente difícil (prova diabólica). Ademais disso, a parte a quem for imposto, mediante a redistribuição, o ônus da prova deverá também receber a oportunidade de dele desincumbir-se. Isso significa, em primeiro lugar, que a parte não pode ser surpreendida por uma inversão do ônus da prova realizada apenas no momento do julgamento da causa. Sempre que possível, o momento mais adequado para a redistribuição é a fase de saneamento do processo, antes do início da fase de instrução probatória (art. 357, III). Deve-se perceber, todavia, que não fica vedada a redistribuição depois disso. Por vezes, apenas depois do saneamento, já na fase probatória, o juiz constata a configuração concreta dos pressupostos da redistribuição. Mais ainda, essa constatação pode dar-se com a instrução já encerrada, com os autos já conclusos para julgamento ou ainda em segundo grau de jurisdição. Mesmo nesses casos, a redistribuição do ônus da prova é possível, mas, em contrapartida, será imprescindível, sob pena de cerceamento de defesa e de ofensa ao

contraditório e ao devido processo legal, reabrir a instrução probatória, concedendo à parte onerada pela redistribuição nova oportunidade de requerer e produzir provas<sup>1344</sup>.

Trazendo essas diretrizes para o tema desta pesquisa, revela-se imprescindível, de logo, separar as situações em que se aprecia o requerimento de concessão de tutela antecipada das relativas à prolação de sentenças coletivas estruturais, quando não se constata uma imediata situação de urgência. Em outras palavras, devem-se separar as situações de extrema urgência das não tão urgentes, apesar de necessárias à tutela da coletividade. Sendo mais específico, precisa-se definir os ônus probatórios envolvendo as situações relativas à técnica antecipatória de medidas individualizadas de saúde pública, em que se utiliza a atividade de cognição sumária, e as situações relativas às investigações das condições fático-jurídicas necessárias ao proferimento de uma sentença coletiva, baseada, como se sabe, em cognição exauriente.

Inicia-se por esta última situação, e, nesse sentido, à luz da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, incumbe ao Estado comprovar, de forma robusta e inequívoca, que a concessão da prestação encontra obstáculo intransponível na reserva do possível<sup>1345</sup>, que não deve ser admissível, quando formulada abstratamente. Ao Poder Público, incumbe comprovar, no processo, a impossibilidade de concretização de determinado direito diante da totalidade de recursos que dispõe e das prioridades que elegeu<sup>1346</sup>. Em outros termos, o ônus de comprovar eventual colapso financeiro por conta da medida judicial pretendida é do Poder Público<sup>1347</sup>.

O ônus da prova, como já dito neste tópico, deve ser atribuído àquele que está em melhores condições de realizar a prova, expediente que deve ser adequadamente manejado, inclusive como forma de aplicar o festejado princípio da cooperação em matéria probatória<sup>1348</sup>. “Deste modo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma forma de equilibrar as forças na relação processual, o que nada mais é do que uma

<sup>1344</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 114 e 122-130.

<sup>1345</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009, p. 48.

<sup>1346</sup> GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

<sup>1347</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 129.

<sup>1348</sup> Daniel Mitidiero preleciona o seguinte: “Esse expediente, embora perigosíssimo, quando manejado de maneira inadequada, encontra-se em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração, pressupondo mesmo para sua aplicação um modelo de processo civil cooperativo. Seu fundamento está na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma escorreita observação dos deveres de cooperação nos domínios do direito processual civil, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes”. Cf. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 126-127.

aplicação do princípio da isonomia”<sup>1349</sup>, que possui assento constitucional. Ademais disso, impõe-se observar que a distribuição dinâmica do ônus da prova é um procedimento compatível com o princípio da adaptação do procedimento às peculiaridades do direito material.

Embora existam precedentes em sentido diverso<sup>1350</sup>, exige-se, como já ressaltado, que a decisão seja fundamentada, inclusive antes do encerramento da fase preponderantemente de instrução, para se respeitarem os princípios da segurança jurídica e do contraditório. Afinal, “as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide”<sup>1351</sup>. É preciso que fique claro no processo, portanto, que a Administração Pública, ao alegar a reserva do possível, a insuficiência de recursos ou o cumprimento da prestação social pleiteada, tem o ônus de comprovar seu argumento, evitando-se a surpresa no debate judicial.

Nessa perspectiva, para que não fique extremamente ampla e vaga essa prova, torna-se

---

<sup>1349</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 20. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 409-410.

<sup>1350</sup> Ilustrativamente, observe-se um julgado colhido no Informativo nº 324 do STJ: “CDC. INVERSÃO. ÔNUS. PROVA. MOMENTO. O recorrido adquiriu uma garrafa de refrigerante em um posto de gasolina de uma cidade interiorana. Sucede que, ao abri-la, seu olho foi atingido violentamente pela tampinha, o que lhe causou a perda quase total da visão desse olho e o impediu de ser promovido em sua carreira de policial militar. Por isso, pediu, em juízo, indenização dos danos moral e material, ao indicar o fabricante local daquela marca de refrigerante como réu. O juízo singular julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que, em apertada síntese, não provara o autor que o réu era o fabricante do refrigerante causador do acidente. Porém, o Tribunal *a quo* deu provimento à apelação do ora recorrido ao fundamento de que cabia à sociedade demonstrar que não fabricava ou distribuía tal refrigerante naquela região, o que faz entender que invertera o ônus da prova no segundo grau de jurisdição. Diante disso, no REsp, o fabricante alegava, dentre outras, a violação do art. 6º, VIII, do CDC, ao afirmar que a inversão do ônus da prova é regra de instrução processual e não de julgamento, razão pela qual o Tribunal *a quo* não poderia tê-la aplicado ao julgar a apelação. Ao iniciar-se o julgamento neste Superior Tribunal, o Min. Castro Filho, valendo-se de precedentes, conheceu e deu provimento ao recurso, ao entender que essa inversão é realmente regra de instrução e determinou o retorno dos autos para que o juízo se pronunciasse a respeito do direito do recorrente de fazer a prova. Por sua vez, a Min. Nancy Andrichi, em seu voto-vista, valendo-se da lição de vários doutrinadores, inclusive estrangeiros, posicionou-se no sentido inverso, o de que a regra do art. 6º, VIII, do CDC é de julgamento. Aludiu que, após o oferecimento e a valoração da prova produzida na fase instrutória, o juiz, diante do conjunto probatório, se ainda em dúvida para julgar a demanda, pode determinar a inversão em favor do consumidor, pois não há que se falar em surpresa ao fornecedor, visto que esse tem ciência de que, em tese, haverá a inversão, além do que é ele quem dispõe do material técnico do produto, certo que o consumidor é a parte vulnerável da relação e litigante eventual. O Min. Ari Pargendler, em seu voto-vista, acompanhou integralmente a divergência ao não conhecer do especial. Já o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, apesar de entender que a inversão deve dar-se quando da produção da prova, acompanhou a divergência apenas quanto ao resultado, ao fundamento de que o acórdão destacara tratar-se de responsabilidade objetiva. Assim, entendeu que a hipótese é de aplicação do art. 14 do CDC, de inversão legal, e, incumbida a recorrente de provar a excludente de sua responsabilidade, não cuidou de prová-la. Ao concluir o julgamento, o Min. Humberto Gomes de Barros, em seu voto-vista, acompanhou o Min. Relator. Ao final, conclui-se que a tese quanto à inversão ou não do ônus ainda pende de definição na Turma. Precedente citado: REsp 241.831-RJ, DJ 3/2/2003. REsp 422.778-SP, Rel. originário Min. Castro Filho, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrichi, julgado em 19/6/2007”.

<sup>1351</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 222.

necessária a delimitação precisa do objeto probatório da Administração Pública. Trata-se, na realidade, de tema de organização processual, que tanto é de ordem retrospectiva como prospectiva. Se uma adequada teoria das invalidades domina a visão retrospectiva, o procedimento probatório normalmente assume a visão prospectiva, e, nesse sentido, deve-se perceber que o saneamento e a fixação do objeto probatório da Administração Pública, diante da complexidade das causas que versam sobre políticas públicas de saúde, ocorrem em ambiente de colaboração do juiz com as partes em audiência (art. 357, § 3º, do CPC/2015), proporcionando um amplo contato, diálogo e debate oral entre todos os sujeitos processuais que participam do contraditório<sup>1352</sup>. A organização do processo, dessa forma, torna-se cooperativa e democrática, tornando mais legítimo o seu resultado<sup>1353</sup>.

Agora, o Poder Judiciário, no momento de valorar essa prova, deve ter o cuidado com a veracidade real dos dados estatísticos e balanços orçamentários apresentados<sup>1354</sup>. Será que os recursos gastos com propaganda institucional da educação devem ser entendidos como “despesas da educação”? A resposta, salvo melhor juízo, deve ser negativa. Essas despesas, para atenderem ao comando constitucional, devem estar direcionadas ao pagamento de professores, criação de escolas e creches, compra de material escolar ou de veículo para transportar estudantes das localidades longínquas etc.

Se o problema é de executoriedade, à Administração incumbe provar cabalmente o seu caráter insuperável<sup>1355</sup>. Assim, como parâmetro processual, fixa-se a tese de que sobre a

<sup>1352</sup> Sobre a necessidade de a Administração Pública informar acerca de suas ações e do diálogo entre os Poderes a respeito, Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016 p. 246-253.

<sup>1353</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 122-143.

<sup>1354</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 210.

<sup>1355</sup> Também é, no particular, o entendimento do STJ (Informativo 431): “CRECHE. RESERVA DO POSSÍVEL. TESE ABSTRATA. A tese da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) assenta-se na ideia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*impossibilium nulla obligatio est*). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Observa-se, todavia, que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos, e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez em outra que não foi contemplada. Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. Seu conteúdo, que não se resume ao mínimo vital, abrange também as condições socioculturais que assegurem ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social. Sendo assim, não fica difícil perceber que, entre os direitos considerados

Administração Pública recai o ônus de comprovar, de maneira inequívoca, que não dispõe de recursos suficientes para universalizar a prestação social requerida, ou mesmo concedê-la individualmente. Em outros termos, mesmo na tutela antecipada, não custa deixar clara a conclusão de que o ônus de comprovar a impossibilidade fática relativa ao cumprimento da decisão é do Estado, apresentando dados objetivos ao juiz, jamais do jurisdicionado, “até porque não seria razoável exigir deste último que apresentasse em juízo todos os dados e informações necessários para que se proceda à referida análise”<sup>1356</sup>. Vigora, assim, o princípio da maior aptidão probatória.

Definida essa questão, impõe-se refletir sobre outros aspectos probatórios envolvendo as demandas por prestações de saúde pública, o que ocorrerá no item que se segue.

#### **5.1.4 Dos ônus da prova nas tutelas de urgência envolvendo prestações de saúde pública**

Como visto, o sistema jurídico somente admite a concessão de decisões judiciais que viabilizam a realização de políticas públicas de saúde em situações excepcionais, nas hipóteses em que a omissão acarretará, nos jurisdicionados, danos irreversíveis ou de difícil reparação. Logo, o critério que deve ser investigado é o seguinte: se a tutela antecipada não for concedida, o jurisdicionado provavelmente sofrerá dano irreversível ou de difícil reparação em sua saúde. De igual modo, no outro polo do revisado paradigma do mínimo

---

prioritários, encontra-se o direito à educação. No espaço público (em que todos são, *in abstracto*, iguais e cuja diferenciação dá-se mais em razão da capacidade para a ação e discurso do que em virtude de atributos biológicos), local em que são travadas as relações comerciais, profissionais e trabalhistas, além de exercida a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, torna-o dependente das forças físicas, para continuar a sobreviver, ainda assim, em condições precárias. Eis a razão pela qual os arts. 227 da CF/1988 e 4º da Lei nº 8.069/1990 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54, IV, do ECA prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Assim, na hipótese, o pleito do MP encontra respaldo legal e jurisprudencial, porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável. A real insuficiência de recursos, todavia, deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. Dessarte, no caso dos autos, em que não há essa demonstração, impõe-se negar provimento ao especial do município. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010.”

<sup>1356</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 411.

existencial, defende-se que é possível decidir em favor do jurisdicionado, quando a medida pleiteada, comprovadamente, acarretar significativa melhoria em sua qualidade de vida, critério esse que deve ser aplicado, principalmente, aos casos de doenças raras, crônicas ou genéticas. Entende-se que, nesses casos, o ônus da prova é do autor da demanda, seja individual ou coletiva. Dessa forma, ele deve demonstrar, minimamente, a possibilidade de ocorrência desses efeitos, a partir da decisão.

Assim, no caso de demanda individual, além da impossibilidade de arcar com os custos do tratamento, recai sobre o autor o ônus de comprovar a existência da doença e seus efeitos<sup>1357</sup>, preferencialmente por subscrição realizada por médico da rede pública<sup>1358</sup>, nesse caso com presunção relativa de veracidade<sup>1359</sup>, ou justificada impossibilidade<sup>1360</sup>.

Observe-se que, por ser fato impeditivo do direito do autor-paciente, é do Poder Público o ônus de comprovar a adequação ou a existência de medicamento ou tratamento dispensado na rede pública. Diante da comprovada “urgência real” que autoriza a concessão de um provimento mandamental, não se pode exigir a prova contrária do autor-paciente. Nada impede, todavia, que este já demonstre, com a petição inicial, que esses aspectos fáticos não se verificam na realidade. Isso pode ocorrer, por exemplo, por intermédio de laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos e estudos da medicina baseados em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-os, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia. Não se trata de prova fácil nas situações de urgência (emergência) real, mas, uma vez presente, tem inegável força para viabilizar a concessão da tutela antecipada.

---

<sup>1357</sup> No mesmo sentido, Cf. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 306.

<sup>1358</sup> Enunciado nº 13 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde: “Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas”. Na mesma perspectiva, preconiza o Enunciado nº 18 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde: “Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS”.

<sup>1359</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 141.

<sup>1360</sup> Observe-se que a prescrição por médico do SUS não pode ser uma exigência obrigatória. Sabe-se que o paciente, muitas vezes, tem dificuldades em conseguir uma consulta, ou o tempo para uma avaliação médica é extenso demais, e isso sem falar na carência de médicos especializados. Nessa perspectiva, especialmente nas situações de tutelas de urgência, a presença de laudo público com a petição inicial não configura medida necessariamente obrigatória. Eventual contraprova fica ao encargo do Poder Público, após a concessão da medida. Resguarda-se, assim, o paciente contra uma complicação que acarrete em sua saúde dano de difícil reparação.

Francisco Glauber Pessoa Alves<sup>1361</sup>, com base nos Enunciados do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (I e II Jornadas de Direito da Saúde, organizadas pelo CNJ), defende que, quando se tratar de “urgência aparente” — “aquela fruto da descrição simplista de que a doença da parte se agravará se não for tratada – o que nada diz por ser a lógica da biologia humana” —, pode-se exigir com a petição inicial o seguinte: a) “juntada do prontuário médico”<sup>1362</sup>; b) “prova da omissão administrativa quanto à assistência buscada”<sup>1363</sup>; c) “questionário do médico que acompanha a parte autora prescrevendo a necessidade do tratamento”<sup>1364</sup>; d) “prova mínima descritiva da inefetividade do medicamento, produto ou tratamento fornecido pelo SUS”<sup>1365</sup>; e) “prova de que o medicamento, produto ou tratamento buscado são registrados na Anvisa ou de que não são *off label* ou experimentais”<sup>1366</sup>; f) “prova da evidência científica da prestação de saúde buscada e não oferecida pelo SUS”<sup>1367</sup>; g) nos

<sup>1361</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 348-351, set. 2016.

<sup>1362</sup> Enunciado n° 49: “Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico”.

<sup>1363</sup> Enunciado n° 3: “Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.

<sup>1364</sup> Enunciado n° 15: “As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI), o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante, a justificativa técnica.”. Enunciado n° 19: “Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo Juízo processante, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente”.

<sup>1365</sup> Enunciado n° 12: “A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)”. Enunciado n° 14: “Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde”.

<sup>1366</sup> Enunciado n° 5: “Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado”. Enunciado n° 6: “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”. Enunciado n° 9: “As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais”. Enunciado n° 50: “Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso *off label*”. Enunciado n° 59: “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências”.

<sup>1367</sup> Enunciado n° 16: “Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS”.

casos de urgência/emergência, a apresentação de “relatório médico circunstanciado”<sup>1368</sup>; h) “declaração de ausência de conflito de interesse ao médico prescritor”<sup>1369</sup>.

É preciso, todavia, avançar um pouco mais em relação às questões probatórias. De uma maneira geral, como já visto, a jurisprudência dominante sinaliza no sentido de que: a) devem ser observados os protocolos terapêuticos relativos ao fornecimento de medicamentos e prestações de saúde pública; b) o direito à saúde é coletivo, mas também individual; c) há solidariedade entre os três entes federativos, decorrente de competências constitucionais comuns; d) há presunção relativa em favor dos tratamentos oferecidos pelo SUS, pois eles se baseiam na medicina fundada em evidências; e) como o registro dos medicamentos na ANVISA é fundamental, há verdadeira impossibilidade de condenação da Administração Pública ao fornecimento de tratamentos experimentais<sup>1370</sup>.

No julgamento da medida cautelar da ADIN nº 5501, em 19/05/2016, o STF fixou novos parâmetros para a judicialização da saúde, ao suspender os efeitos da Lei nº 13.269/2016, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Conforme se observa no Informativo nº 826, no item que trata do tema “distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário 1”<sup>1371</sup> e

<sup>1368</sup> Enunciado nº 51: “Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato”.

<sup>1369</sup> Enunciado nº 58: “Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME/RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse”.

<sup>1370</sup> Nesse sentido, Cf. CUEVA, Ricardo Villas Boas. “Parâmetros para a judicialização do direito à saúde”. *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Estudos em homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Claudio Lembo, Mônica Herman Caggiano e Manoel Carlos de Almeida Neto coordenadores. São Paulo: RT, 2015, p. 514.

<sup>1371</sup> Distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário – 1. O Plenário, por decisão majoritária, deferiu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autoriza o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, a despeito da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos, bem assim de ausência de registro sanitário da substância perante o órgão competente. O Colegiado entendeu que, ao suspender a exigibilidade de registro sanitário do medicamento, a lei impugnada discrepa da Constituição (art. 196) no tocante ao dever estatal de reduzir o risco de doença e outros agravos à saúde dos cidadãos. O STF, em atendimento ao preceito constitucional, tem proferido decisões a garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos, cabendo aos entes federados, em responsabilidade solidária, fornecê-los. O caso, entretanto, não se amolda a esses parâmetros. Sucede que, ao dever de fornecer medicamento à população contrapõe-se a responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, a atuação proibitiva do Poder Público, no sentido de impedir o acesso a determinadas substâncias. Isso porque a busca pela cura de enfermidades não pode se desvincular do correspondente cuidado com a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico. Na elaboração do ato impugnado, fora permitida a distribuição do remédio sem o controle prévio de viabilidade sanitária. A aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde, entretanto, é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais (Lei 6.360/1976, art. 12). O registro é condição para o monitoramento da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, sem o qual a inadequação é presumida. A lei em debate é casuística, ao dispensar o registro do medicamento como requisito

2<sup>1372</sup>”, o STF vem entendendo o seguinte: a) não se pode fornecer medicamentos e tecnologias em saúde que estejam destituídos de comprovada segurança; b) deve-se investigar, de forma exauriente, as melhores práticas de evidência científica; c) não se pode fornecer medicamento sem a prévia análise dos órgãos sanitários de controle; d) não se inclui, no conteúdo do direito à saúde previsto no art. 196 da CF, a pretensão de recebimento de tecnologias destituídas de segurança, de eficácia e de qualidade terapêutica; e) não cabe ao Poder Legislativo fixar normas casuísticas sem participação e autorização dos órgãos do Poder Executivo (Ministério da Saúde, ANVISA etc.), sob pena de violação ao art. 2º da CF; f) para a concessão de medicamentos e de outras tecnologias em saúde, são indispensáveis a avaliação dos estudos clínicos e a demonstração de eficácia, eficiência e efetividade do produto.

Com base nesse julgado, observa-se que o STF entende que não é possível o deferimento de medidas judiciais para o fornecimento de medicamentos experimentais, por falta da existência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos. Precisa-se, assim, da existência de registro sanitário da substância perante o órgão competente. No entendimento do STF, “ao dever de fornecer medicamento à população contrapõe-se a responsabilidade constitucional de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, a atuação proibitiva do Poder Público, no sentido de impedir o acesso a determinadas substâncias”, porque “a busca pela cura de enfermidades não pode se desvincular do correspondente cuidado com a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico”. Nesse sentido, para o STF, “a aprovação do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais” (art. 12 da Lei nº 6.360/1976), e “o registro é condição para o monitoramento da segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, sem o qual a inadequação é presumida”. Sendo assim, “é temerária a liberação da substância em discussão sem os estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o

---

para sua comercialização, e esvazia, por via transversa, o conteúdo do direito fundamental à saúde. ADI 5501 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 19.5.2016. (ADI-5501).

<sup>1372</sup> Distribuição de medicamento e necessidade de registro sanitário – 2. O Tribunal vislumbrou, na publicação do diploma impugnado, ofensa à separação de Poderes. Ocorre que incumbe ao Estado, de modo geral, o dever de zelar pela saúde da população. Entretanto, fora criado órgão técnico, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde (Anvisa), à qual incumbe o dever de autorizar e controlar a distribuição de substâncias químicas segundo protocolos cientificamente validados. A atividade fiscalizatória (CF, art. 174) é realizada mediante atos administrativos concretos devidamente precedidos de estudos técnicos. Não cabe ao Congresso, portanto, viabilizar, por ato abstrato e genérico, a distribuição de qualquer medicamento. Assim, é temerária a liberação da substância em discussão sem os estudos clínicos correspondentes, em razão da ausência, até o momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade do medicamento para o bem-estar do organismo humano. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que concediam a medida liminar para dar interpretação conforme à Constituição ao preceito impugnado. Reputavam que o uso do medicamento, nos termos da lei, deveria ser autorizado a pacientes em estágio terminal. ADI 5501 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 19.5.2016. (ADI-5501).

momento, de elementos técnicos assertivos da viabilidade do medicamento para o bem-estar do organismo humano”.

Diante desse contexto, impõe-se indagar de quem é o ônus da prova no pedido de tutela de urgência satisfativa envolvendo essa questão. Incumbe ao jurisdicionado ou aos entes federativos comprovar que o medicamento possui registro no órgão competente? Para efeito desta pesquisa, entende-se que, diante de uma situação de extrema urgência, não há que exigir essa prova do jurisdicionado. Este tem o dever de comprovar que a medida solicitada tem a aptidão para fazer evitar um dano absolutamente irreparável a sua saúde ou, no caso de doenças raras ou genéticas, para melhorar significativamente a sua qualidade de vida. Sendo assim, permanece com os entes federativos o ônus de comprovar que o medicamento solicitado não tem registro na ANVISA, órgão técnico vinculado ao Ministério da Saúde o qual tem o dever de autorizar e controlar a distribuição de substâncias químicas segundo protocolos cientificamente validados.

A questão que se impõe, todavia, é a seguinte: o julgamento dessa medida cautelar (ADIN nº 5501) impede qualquer concessão de medicamento experimental? Se a resposta for positiva, não é possível fazer qualquer *distinguishing* na *ratio decidendi* desse julgado, tratando a questão como estritamente jurídica. Contrariamente, entendendo-se que se deve concentrar no debate central do julgamento, haveria possibilidade de distinção, de modo que, em determinadas situações, poderia o juiz deferir a concessão de ordem para o fornecimento de medicamentos experimentais.

Observe-se que o debate central do caso foi relativo ao regime de atribuições constitucionais dos Poderes Legislativo e Executivo quanto ao tema. O STF vislumbrou ofensa à separação de poderes, pois a atividade fiscalizatória (art. 174 da CF) é realizada mediante atos administrativos concretos devidamente precedidos de estudos técnicos, não cabendo ao Congresso Nacional, portanto, viabilizar, por ato abstrato e genérico, a distribuição de qualquer medicamento. A Lei nº 13.269/2016, no entendimento do STF, é casuística, ao dispensar o registro do medicamento como requisito para sua comercialização, e esvazia, por via transversa, o conteúdo do direito fundamental à saúde.

Será que, diante desse debate, extrai-se do juiz qualquer possibilidade de deferir a concessão de medicamento experimental? Mesmo em circunstâncias excepcionais, quando os medicamentos registrados já não têm eficácia sobre a patologia do jurisdicionado? Caso se entenda que não há impedimento, é certo que o ônus da prova deve ser do jurisdicionado, que, ao ajuizar a petição inicial, deve apresentar documentos e outras provas minimamente técnicas que atestem que o medicamento pleiteado goza de grau razoável de eficácia a

autorizar a excepcionalidade da ordem. A prova da Fazenda Pública, nessa perspectiva de análise, restringe-se a comprovar que o medicamento é destituído de registro oficial, presumindo-se, nesse caso, que ainda não há condições terapêuticas.

Observe-se que, de um lado, a Administração Pública tem o direito à produção de prova contrária à veracidade da indicação médica, de modo que a negativa dessa oportunidade, por parte do juiz da causa, pode implicar a nulidade da sentença de mérito, e, em princípio, a ausência de registro do remédio na agência fiscalizadora gera inadequação presumida. Por outro lado, observe-se que, pleiteada a medida de urgência, se o medicamento for experimental, deve o jurisdicionado comprovar que ele tem condições de lhe evitar um dano irreparável de imediato, ou de lhe proporcionar significativo aumento na qualidade de vida, caso se trate de doença rara, crônica ou genética. O insucesso desse ônus, certamente, deve acarretar a rejeição da tutela antecipada.

Em outra perspectiva de análise, observe-se que, apesar de a indústria farmacêutica dispor de vultosos lucros e respeitados especialistas, no Brasil, o Poder Judiciário, como regra, não possui uma equipe técnica qualificada em quantidade suficiente, composta por médicos e demais profissionais da área de saúde, para auxílio na controvérsia e na peculiaridade de cada caso e doença. Assim, causas complexas e que exigem conhecimentos específicos acabam obtendo êxito na maior parte dos conflitos, principalmente quando é apresentado atestado ou laudo em que se menciona, por exemplo, risco de morte ao paciente, caso a prestação de saúde pública não seja obtida com celeridade.

Nessa perspectiva, a contraprova deve ser da Administração Pública, que tem o ônus de comprovar que o tratamento público disponibilizado é eficaz. Assim, só deve haver determinação de compra de medicamentos, se ficar comprovado que os que são disponibilizados no SUS ao público não são eficazes contra a doença do requerente. Dessa forma, se a Administração Pública comprova que as alternativas disponibilizadas pelo SUS para o caso são eficazes, deve-se rejeitar a tutela antecipada ou revogá-la, caso concedida liminarmente. Um dado relevante nessa análise, certamente, é a verificação de que o paciente chegou a utilizar os fármacos fornecidos pelos SUS. Se a resposta for negativa, o ônus da prova se inverte, pois, comprovada a existência de tratamento público disponível, presume-se a compatibilidade com a patologia. A preferência, portanto, é pelo tratamento disponibilizado pelo governo, sendo ônus processual do paciente comprovar a sua ineficácia.

Assim, pode-se concluir, em princípio, que se exige — para as lides individuais por prestações de saúde pública — do jurisdicionado a comprovação de suas alegações por laudo, formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, indicando a

necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da medicina baseados em evidências, além das vantagens para o paciente, comparando-os, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia. Essas vantagens, não custa enfatizar devem ser relacionadas ao já mencionado parâmetro da bipolaridade objetiva do mínimo existencial.

Impõe-se observar, ademais, que o jurisdicionado que conseguiu o direito de receber medicamentos de uso regular deve, para que a medida judicial não seja revogada, apresentar periodicamente um relatório médico que confirme a necessidade de continuar a receber a substância. Nesse caso, o ônus probatório permanece pelo tempo que o juiz determinar, renovando-se periodicamente, sob pena de cassação da medida deferida.

Finalmente, impõe-se reparar que incumbe à Administração Pública comprovar suas alegações, quando afirmar o seguinte: a) no contexto do caso concreto, a incidência da teoria da reserva do possível; b) a dificuldade de universalização da medida, tendo a visão da real possibilidade de outros jurisdicionados virem a pleiteá-la no mesmo exercício financeiro; c) a capacidade econômica do paciente; d) a existência de outro tratamento mais viável economicamente e, no mínimo, com a mesma eficácia que o proposto pelo paciente; e) a ausência da evidência científica do tratamento pleiteado pelo jurisdicionado.

## 5.2 DA EXECUÇÃO DA DECISÃO QUE RECONHECE O DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE: DA ATIPICIDADE DOS PODERES EXECUTIVOS DO JUIZ NA EXECUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA

Estabelecida a decisão acerca do dever de prestar determinado bem ou serviço de saúde pública, surge o problema de como efetivar essa decisão. É nesse momento em que há o agravamento da relação entre as funções tipicamente jurisdicional e administrativa. Como se verá adiante, quando se tratar de sentença coletiva estrutural, que aborda a viabilização de políticas públicas de grande impacto, deverá haver flexibilidade e amplo diálogo durante e após a fase decisória.

O problema maior, aliado à questão política, é a aferição do fator urgência como variável fundamental na análise da eficácia da decisão. É que, como visto ao longo deste estudo, defende-se que um dos critérios determinantes deve ser a aferição da real possibilidade de ocorrer dano irreparável ou de difícil reparação à saúde do jurisdicionado, visto individualmente em seu processo ou, mediante tutela jurisdicional coletiva, em sua

perspectiva comunitária. Nesse contexto, como será abordado adiante, as medidas coercitivas nem sempre serão adequadas ao cumprimento da decisão.

Na realidade, como se verificará no desenvolvimento deste tópico, o juiz deve ter a habilidade de ser prudente na definição da técnica executiva adequada, pois, de um lado — por força da máxima da proporcionalidade —, pesa contra ele a proibição de excesso no uso das medidas executivas, e, de outro, a proibição de proteção insuficiente do direito à saúde. Um dos dilemas do juiz nessa espécie de processo, portanto, é concretizar o direito fundamental à tutela de urgência, que pressupõe uma execução adequada ao caso.

### 5.2.1 Da força executiva da técnica antecipatória

Definida a decisão adequada ao caso, incumbe identificar o procedimento compatível com a sua efetivação, ou seja, as técnicas processuais aptas a gerar “tutela jurisdicional”, expressão que, genericamente, significa a proteção processual da parte que tem razão, em especial quanto ao plano do direito material<sup>1373</sup>. Não basta prestar atividade jurisdicional, pois, na perspectiva de uma adequada tutela dos direitos, o fim desejado pela parte que tem razão é algo mais amplo, é a tutela jurisdicional<sup>1374</sup>, e esta, para ser efetiva, no plano material, deve produzir efeitos exteriores (fora) ao plano do processo, e tanto é verdade, que a sentença, em regra, não termina a prestação da tutela jurisdicional<sup>1375</sup>.

---

<sup>1373</sup> Nem sempre a sociedade concorda quanto à interpretação dos enunciados normativos (textos legislativos) de direito material. Surge, então, uma lide, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. No particular, diz-se que houve uma “crise de direito material”. As partes, simultaneamente, desejam, em parte ou totalmente, uma posição de vantagem sobre o mesmo bem jurídico, ensejando, assim, o aparecimento de uma lide. Como a autotutela, em regra, é vedada na ordem jurídica, incumbe às partes interessadas buscar a prestação jurisdicional do Estado. Observe-se que autor e réu podem obter tutela jurisdicional, dependendo de quem tem razão no plano do direito material. Assim, o autor receberá tutela jurisdicional sempre que seu pedido formulado na petição inicial for julgado procedente, ao passo que o réu, contrariamente, irá recebê-la sempre que o pedido do demandante for julgado improcedente. A tutela jurisdicional será prestada da forma direta, ao autor ou ao réu, sempre que o pedido formulado na petição inicial for resolvido, pelo juiz, com base no art. 487, I, do CPC. Por outro lado, haverá tutela jurisdicional indireta, dirigida ao autor ou ao réu, quando a sentença resolver o pedido com fulcro no art. 487, II e III, do CPC, já que, por também formarem coisa julgada material, impedem a postulação idêntica em juízo. Observe-se que, no caso do art. 487, III, b, do CPC, a tutela jurisdicional indireta, em decorrência da transação ou acordo, resta prestada a ambas as partes, sendo dela destinatários autor e réu. Já nos casos em que o processo é resolvido sem apreciação de mérito (art. 485 do CPC), não há a prestação de tutela jurisdicional, pois não é conferida à parte qualquer proteção ao direito material.

<sup>1374</sup> A “prestação jurisdicional”, que não se confunde com “tutela jurisdicional”, revela-se como a atividade jurisdicional exercida mediante o processo. Em outras palavras, ela se faz presente pelo simples exercício da jurisdição. É por meio deste, contudo, que se conseguirá a “tutela” jurisdicional. A tutela jurisdicional, dessa forma, é o objetivo da jurisdição. “Tutela jurisdicional” é dar, a quem tem razão, o bem da vida que motiva seu ingresso no Judiciário, ou seja, deve ser entendida como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Trata-se, pois, do “resultado do processo”, que deve ser eliminação completa da crise de direito material.

<sup>1375</sup> AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 24.

Nesse contexto, não se podem confundir as expressões “técnica processual” e “tutela jurisdicional”. Há, aí, respectivamente, uma relação de meio e fim, pois as técnicas processuais formam um conjunto de instrumentos processuais (multa coercitiva, prisão, busca e apreensão de bens e pessoas, intervenção judicial etc.) que tem como finalidade realizar a prestação da tutela jurisdicional, ou seja, proteger efetivamente a parte que tem razão, em especial no plano do direito material. Sendo assim, a tutela jurisdicional, como fim das técnicas processuais, não reside na decisão em si, mas nos efeitos (resultados) desta sobre a vida das pessoas e suas relações com os seus bens ou com outras pessoas em sociedade<sup>1376</sup>.

Há diversas classificações para o instituto da tutela jurisdicional, destacando-se o fato de que algumas enfocam aspectos processuais, enquanto outras, aspectos do direito material a ser protegido. Em outros termos, há classificações processuais da tutela jurisdicional e materiais, demonstrando que a temática possui enfoques diferentes (efeitos e conteúdo da sentença, possibilidade de ocorrência do ilícito, ocorrência de dano à parte etc.).

Nessa seara, de saída, pode-se classificar a tutela jurisdicional em “definitiva” ou “provisória”<sup>1377</sup>, considerando a necessidade de confirmação posterior e a espécie de cognição utilizada para decidir. Quanto aos requisitos para a sua obtenção, a tutela jurisdicional provisória, que, como visto no capítulo anterior, prefere-se denominar, nesta tese, de “tutela sumária”, pode ser classificada em tutela fundamentada na “evidência” e tutela fundamentada em situação de “urgência”<sup>1378</sup>. Já a tutela jurisdicional definitiva pode ser classificada de

---

<sup>1376</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 360-367.

<sup>1377</sup> Como já visto, classifica-se como definitiva a tutela jurisdicional prestada por intermédio de decisão que não necessita de confirmação posterior, seja pelo próprio juízo, seja por órgão diverso, a exemplo do que ocorre com decisão transitada em julgado, que tenha acolhido o pedido do autor com base no art. 487, I, do CPC. A tutela jurisdicional definitiva, dessa forma, resulta sempre do exercício de cognição exauriente, completa, isto é, a mais profunda no sentido da investigação cognitiva vertical. Já a tutela jurisdicional provisória resulta do exercício de cognição sumária, menos profunda no sentido vertical, ou seja, “provisória” é a espécie de tutela jurisdicional cuja veiculação se dá em decisão que, posteriormente, poderá ser modificada ou confirmada pelo juízo, como, ilustrativamente, ocorre com a decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela de mérito requerida em caráter antecedente (art. 303 do CPC).

<sup>1378</sup> A tutela jurisdicional de evidência é uma modalidade de tutela provisória que, para ser deferida, dispensa a demonstração do perigo de dano, sendo bastante a demonstração do direito evidente. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria, conforme se observa no art. 311 do CPC. Já a tutela jurisdicional fundamentada em situação de urgência é a modalidade de tutela provisória (sumária) que, para sua concessão, a demonstração do perigo de dano e da aparência do direito revela-se indispensável, como ocorre nas decisões baseadas no art. 303 do CPC, e no art. 7.º, III, da Lei nº 12.016/2009, que trata do mandado de segurança. A tutela jurisdicional “provisória de urgência”, como visto, pode ser classificada em tutela “cautelar” e tutela “satisfativa”. Denomina-se “satisfativa” a tutela jurisdicional que permite a atuação prática do direito material, satisfazendo-o, ainda que com certo grau de provisoriedade. “Não satisfativa”, ao contrário, é a tutela incapaz de realizar o direito material no plano das relações humanas, denominada “cautelar”. Em regra, a tutela provisória de urgência cautelar não se destina a proteger o direito material, mas se presta a assegurar a efetividade da própria atividade jurisdicional. Por essa concepção, a tutela cautelar jamais será satisfativa, pois não tutela, diretamente, o direito material referido. Pode-se dizer, todavia, que a tutela cautelar satisfaz, se procedente, o direito substancial de cautela.

acordo com o critério da pretensão do demandante, o que permite sua divisão em meramente declaratória, constitutiva ou condenatória<sup>1379</sup>.

Sob o prisma material, a tutela jurisdicional pode ser classificada como “preventiva” e “reparatória”. Nessas espécies de tutela jurisdicional, o que se leva em consideração é o momento em que o jurisdicionado buscará resolver o impasse pela jurisdição estatal. Assim, se a busca por prestação jurisdicional ocorrer de forma antecipada à ocorrência do ilícito, diz-se que a tutela é preventiva, ao passo que, se posterior, a tutela jurisdicional caracteriza-se como reparatória. Esta, nessa perspectiva, pode ser classificada, conforme a natureza do bem da vida entregue à parte, em tutela “ressarcitória genérica” e tutela “específica”<sup>1380</sup>. Já a tutela preventiva somente pode ocorrer na forma específica, pois não se busca obter alguma situação de ressarcimento.

Observe-se que a tutela específica é gênero, cujas espécies são a tutela “inibitória”, de “remoção do ilícito” e “ressarcitória na forma específica”. A distinção entre essas modalidades de tutela específica inicia-se pela ocorrência ou não do ilícito. Se este ainda não ocorreu, e o jurisdicionado, preventivamente, pretende evitá-lo, diz-se que a tutela jurisdicional tem natureza “inibitória”<sup>1381</sup>. Se o ilícito já ocorreu, mas ainda não se concretizou algum dano, a tutela jurisdicional adequada é a de “remoção do ilícito”<sup>1382</sup>. Finalmente, conforme essa classificação, concretizado o dano, alternativa não resta ao jurisdicionado senão a obtenção da “tutela ressarcitória”<sup>1383</sup>.

Diante das classificações desenvolvidas até este momento, pode-se dizer que, nos

---

<sup>1379</sup> Trata-se da conhecida “classificação ternária”. Há uma correlação entre as espécies de crise de direito material que se pretende solucionar judicialmente e as espécies definitivas de tutela jurisdicional. Sendo assim, para a solucionar a crise de certeza ou incerteza jurídica, revela-se adequada a tutela jurisdicional meramente declaratória, ao passo que a tutela jurisdicional constitutiva é a compatível para solucionar a crise de situação jurídica, e, finalmente, para a solução de crises de adimplemento de obrigação, deve-se pleitear a tutela jurisdicional condenatória. É importante ressaltar que toda tutela jurisdicional definitiva possui um conteúdo declaratório, já que guarda um conteúdo declaratório de acerto do direito. O que importa, para a devida classificação, é a “preponderância” da carga de eficácia. Nessa perspectiva, quando o pedido da parte limitar-se à obtenção de uma declaração, a fim de eliminar uma incerteza jurídica (existência de vínculo de ascendência genética, por exemplo), predomina a carga declaratória. Nesse caso, a decisão de mérito, procedente ou improcedente, terá natureza meramente declaratória. Quando o demandante pedir a constituição ou desconstituição de uma relação jurídica (divórcio, anulação de ato jurídico etc.), a despeito da existência de uma declaração prévia, predomina, na procedência do pedido, a criação de uma situação jurídica nova ou, em outros termos, a extinção de uma situação jurídica anterior. Nesse caso, a natureza da decisão é constitutiva. Finalmente, quando o pedido do autor diz respeito à condenação da outra parte a uma prestação, ser-lhe-á prestada, na procedência do pedido, tutela jurisdicional condenatória. Existe uma declaração prévia quanto ao vínculo travado entre as partes, mas, certamente, predomina (carga de eficácia) o comando para o cumprimento efetivo da obrigação. Observe-se que, na tutela jurisdicional meramente declaratória, a prestação jurisdicional limita-se a declarar a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, ou a autenticidade ou a falsidade de um documento (art. 4.º do CPC). Tutelas há, entretanto, que fazem mais do que se limitarem à simples declaração, pois determinam a criação de uma situação jurídica nova (de casado ao estado de solteiro, por exemplo, na ação de divórcio), no caso das constitutivas, ou o cumprimento de uma obrigação (pagar uma dívida, por exemplo), nas condenatórias.

## litígios individuais de prestações de saúde pública, referente à concessão de tutela de urgência

<sup>1380</sup> Não obstante a tutela jurisdicional tentar resolver os impasses por meio de resultados que confirmam ao credor a devolução de seu direito violado, certas vezes, tal vindicação encontrava-se impossibilitada de ser pacificada na íntegra, razão pela qual a tutela genérica revela-se pelo fato de não entregar o bem da vida inicialmente rogado, mas sim um “equivalente em dinheiro”. Por outro lado, impõe-se observar que a tutela específica versa sobre a necessidade de se respeitar o direito material, independentemente de ser submetido ao crivo do Poder Judiciário, isto é, a norma material obedecerá ao mesmo resultado prático para a qual foi criada, seja dentro ou fora do manto da atividade jurisdicional. Assim, quando o resultado alcançado pelo processo corresponder exatamente àquilo que seria obtido, se não houvesse a necessidade de ir ao Poder Judiciário, afirma-se que há tutela específica.

<sup>1381</sup> Os direitos são inseridos no ordenamento jurídico para serem observados, mas nem sempre a existência de uma mera norma substancial é suficiente, para evitar desrespeitos ou violações. Desse quadro, surge a tutela inibitória, que tem por finalidade coibir a transgressão de um dever jurídico, sendo, inclusive, a mais importante forma de tutela jurisdicional. Observe-se que esta espécie de tutela destina-se, apenas, a resguardar os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, prevenindo ou cessando a prática de atos contrários ao direito. Trata-se de uma tutela jurisdicional voltada para o futuro, o que caracteriza sua natureza “preventiva”. Em termos claros, a tutela inibitória é uma tutela dirigida contra o “ilícito”. Ela visa impedir a ocorrência não do dano, mas, antes, do próprio ilícito. Atua no intuito de obstar, evitar, prevenir a prática do ato contrário ao direito ou, quando antes já praticado, impedir sua reiteração ou continuação. No particular, trata-se de tutela de conhecimento, mas com força executiva (mandamental ou executiva *lato sensu*). Para visualizar-se o alcance da tutela inibitória, impende dissociar ilícito de dano. O dano não é elemento essencial do ato ilícito, pois este se constitui pela inobservância de um dever estabelecido pela ordem jurídica, ou seja, é qualquer ato contrário ao Direito, o que não implica dizer que sua realização acarretará, necessariamente, um prejuízo moral ou material a alguém. Há um equívoco conceitual no art. 186 do CC. O dano é o prejuízo material ou moral que pode decorrer da prática de um ato ilícito, inclusive o exercício abusivo de um direito, de um fato da natureza ou mesmo da prática de um ato lícito. Enfim, o fato danoso é consequência eventual, e não necessária, do ato contrário ao direito. Imagine-se que uma empresa não respeita as normas de segurança quanto aos seus trabalhadores (construção civil, por exemplo). Há, indubitavelmente, um ilícito (desrespeito às normas de segurança no trabalho), mas ainda não há dano individual, pois ainda não houve acidente. Revela-se cabível, nessa hipótese, uma tutela jurisdicional inibitória, a fim de que a empresa não exponha seus funcionários à situação de risco. Observe-se, contudo, que a simples ameaça de violação a um direito é, por si só, suficiente para ensejar a necessidade de uma tutela capaz de evitar que a transgressão venha a se concretizar, que é a tutela inibitória. Versa-se, portanto, de tutela eminentemente preventiva, voltada para atos futuros e cujo fundamento está calcado no art. 5º, XXXV, da CF, que assegura o direito de ação em casos de “ameaça de violação a direito”. É claro que, se da prática do ilícito resultar um dano, a tutela adequada deixará de ser a tutela inibitória, uma vez que a finalidade não mais será a de evitar um ilícito, mas a reparação do dano dele decorrente, obtida por intermédio de uma tutela ressarcitória.

<sup>1382</sup> A tutela reintegratória ou de remoção do ilícito está diretamente relacionada ao combate do ilícito que fora praticado, interrompendo, portanto, a hipótese de seus efeitos ainda estarem e continuarem vigendo. Trata-se de tutela jurisdicional destinada a restabelecer a situação que era anterior ao ato contrário ao direito ou a estabelecer a situação que deveria estar vigorando, caso a norma tivesse sido observada. Enfim, a tutela reintegratória: a) volta-se contra o ilícito já praticado; b) volta-se para o passado; c) prescinde da demonstração de dano ou de culpa. Observe-se que a remoção do ilícito é reintegratória no sentido de reintegrar, forçadamente, o direito que foi violado. Percebe-se, pois, que a remoção do ilícito é realizada com caráter repressivo, haja vista que, se parte do pressuposto de que o evento já se consumou, deverá ser realizada de maneira a tentar retornar ao *status quo ante* da situação afetada, o que, por certo, também abrange as situações de adimplemento contratual. Imagine-se, ilustrativamente, que uma empresa se apodera da marca de outrem, passando, conseqüentemente, a comercializar seus produtos. A empresa lesada, certamente, pleiteará junto ao Judiciário que o ilícito seja ceifado com a imediata retirada dos produtos ofertados. Em outra hipótese, imagine-se o fato de um cidadão solicitar ao Judiciário a retirada de informações infames, em sites de relacionamento, expõe-lhe ao ridículo, com lesão frontal a direitos fundamentais. Trata-se, sem dúvida, de remoção de um ilícito que já ocorreu.

<sup>1383</sup> Ocorrido o dano, deve haver a sua reparação. É o objeto da tutela ressarcitória. Genericamente, portanto, trata-se de tutela contra o dano (reparação). A tutela ressarcitória pode ser prestada de duas formas: a) na primeira, confere-se ao lesado uma quantia que seja capaz de retribuir o seu decréscimo (tutela pelo equivalente pecuniário); b) na segunda, preferível, remonta-se à ideia de restabelecimento da situação (ou o que mais se aproxima), do lesado da mesma forma como se encontrava anteriormente ao dano (tutela específica). A tutela ressarcitória em sua modalidade específica reflete a preferência dos jurisdicionados, haja vista que, quando se restabelece a situação anterior à lesão, por intermédio de uma atividade jurisdicional, cabalmente, passa-se à convicção psicológica de realização da justiça.

satisfativa, tendo como um dos pressupostos evitar a ocorrência de dano irreversível ou de difícil reparação, a jurisdição tem como fim proporcionar tutela jurisdicional inibitória ou, eventualmente, de remoção do ilícito. Trata-se, portanto, de tutela específica, o que reclama, por certo, a utilização de técnicas processuais adequadas.

No particular, impõe-se observar que a tutela jurisdicional também pode ser classificada levando-se em conta a imprescindibilidade ou não de técnicas executivas. Em outros termos, a tutela jurisdicional pode ou não exigir “eficácia executiva”. A rigor, todavia, todas as espécies de tutela jurisdicional, em maior ou menor grau, podem ter alguma eficácia executiva, pois existem os provimentos condenatórios secundários (custas, honorários advocatícios etc.). Nessa perspectiva, conterà eficácia executiva, quando reconhecer a existência de uma obrigação (certa, líquida e exigível) inadimplida, e manterá essa eficácia executiva apenas durante o período em que o direito judicialmente reconhecido ainda puder ser exigido, isto é, enquanto sua exigibilidade não estiver suspensa ou extinta.

Pode-se dizer que, mesmo na tutela cautelar, que não possui natureza satisfativa do direito material referido, há realização de atos executivos, como ocorre com o sequestro de um determinado bem. Encontra-se superada, pois, a distinção entre “atos de execução” e “atos de efetivação”, pois são expressões que, a rigor, significam a mesma realidade<sup>1384</sup>. Ademais disso, é importante notar as tutelas sumárias — cautelar ou satisfativa — podem se utilizar das técnicas processuais “executiva *lato sensu*” e “mandamental”, para o alcance de suas finalidades.

Como se sabe, caracteriza-se a estrutura procedimental das chamadas “ações executivas *lato sensu*”<sup>1385</sup> (ação de despejo, ações possessórias etc.), além do sincretismo entre as fases de conhecimento e execução, pela incidência da atipicidade dos atos executivos, predominando os poderes executivos do juiz. Em outras palavras, ao contrário das ações condenatórias tradicionais<sup>1386</sup>, nessa modalidade de prestação jurisdicional, os atos materiais

<sup>1384</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. “‘Efetivação’ da tutela antecipada: uma nova execução civil?”. *Processo e constituição*. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação de Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 334-335.

<sup>1385</sup> Para Flávio Luiz Yarshell, “no direito brasileiro, não há dúvida de que o sistema reconhece provimentos executivos *lato sensu*, isto é, que se executam independentemente de novo processo. A respectiva identificação ocorre a partir da autorização legal para que a ordem se cumpra por mandado, isto é, por ‘ordem do juiz’ (v.g., nos caso de despejo, reintegração de posse, ação de depósito e, segundo alguns, ação de desapropriação). Com isso, não se abre oportunidade para embargos do devedor, uma vez que não há instauração de uma nova relação jurídica processual”. Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 163.

<sup>1386</sup> Explica Ovídio A. Baptista da Silva: “O que caracteriza a sentença condenatória, seja ela ato final de uma demanda autônoma, como ela está concebida em nosso sistema, seja quando a tornamos uma fase final de uma ação condenatório-executiva, é sua condição essencial de não ir além da formação do ‘título executivo’. A sentença condenatória não trata do conflito executivo, de modo que a eficácia é *diferida*, ao passo que nas ações

de satisfação do reconhecido direito são realizados imediatamente após a decisão que analisou, em profundidade, as alegações fático-jurídicas das partes e sem instauração de processo de execução<sup>1387</sup>.

Sendo assim, no que diz respeito às ações executivas *lato sensu*, embora não haja execução forçada realizada em processo autônomo de execução, há tutela jurisdicional executiva<sup>1388</sup>. É de se perceber, entretanto, que a nota característica desta modalidade de prestação de tutela jurisdicional não reside apenas nessa sucessão entre atos cognitivos e executivos<sup>1389</sup>, mas sim, conforme entende Eduardo Talamini<sup>1390</sup>, na flexibilização ou ausência de fixação legal (ou tipicidade) dos meios executivos. A estrutura executiva, nesse caso, não se subordina a modelo rígido e preestabelecido, e eventuais desvios normativos podem ter sua correção viabilizada por simples petição incidental<sup>1391</sup>.

As ações mandamentais também se caracterizam como manifestações do princípio do sincretismo<sup>1392</sup>. É que a ordem judicial que lhes são inerentes<sup>1393</sup> tem o condão de gerar, antes

denominadas executivas *lato sensu* a execução é parte integrante essencial da própria ação executiva”. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Ação de imissão de posse*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001, p. 66.

<sup>1387</sup> Para Tereza Arruda Alvim Wambier, “as *sentenças executivas lato sensu* contêm algo mais além da condenação. Há uma condenação, sim. Mas, além desta, é necessário observar-se que esta espécie de sentença, para que haja *alteração no mundo empírico, no mundo real, na esfera dos fatos, não reclama a existência de posterior processo de execução*. Ao contrário, ela, *por si mesma*, é apta a levar à *efetiva satisfação do credor*, prescindindo-se do processo de execução propriamente dito. Não é necessária uma ‘segunda agressão’, por meio da execução”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 98.

<sup>1388</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 135.

<sup>1389</sup> É o posicionamento de Marcelo Lima Guerra: “É certo que nas chamadas ações executivas *lato sensu* – categoria na qual se encartam as ações de despejo, possessórias e de depósito – o legislador adotou um modelo procedimental *diferenciado*, que se caracteriza, precisamente, por permitir a prestação de tutela condenatória e executiva em um mesmo processo. Em outras palavras, nessas ações a satisfação (tutela executiva) da obrigação reconhecida na sentença de procedência (tutela condenatória) é feita, sem solução de continuidade, no mesmo processo em que a mesma sentença foi proferida”. Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999, p. 67-68.

<sup>1390</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 194.

<sup>1391</sup> É interessante observar que, embora o procedimento das ações executivas *lato sensu* não comporte o manejo das ações incidentais de embargos à execução ou de impugnação ao cumprimento da sentença, entende-se que os atos executivos em si não possuem imunidade em razão de possíveis questionamentos a respeito de suas regularidades. Observe-se que, mesmo quando se trata de sentença ou acordão transitados em julgado, os atos executivos tendentes à sua satisfação podem ser questionados por petição simples, uma vez que, diante da ausência de tipicidade procedimental e defensiva, podem desviar-se dos ditames ético-jurídicos. Nesse sentido, Cf. MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 141-146. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 413 e 414, respectivamente.

<sup>1392</sup> José Miguel Garcia Medina é incisivo: “Representativo, igualmente, da manifestação do princípio do sincretismo é o reconhecimento e alargamento das hipóteses de aplicação dos provimentos mandamentais, no direito brasileiro. Outrora admitida em hipóteses relativamente restritas, trata-se hoje de mecanismo de tutela cuja *função* foi bastante alargada, podendo ser empregado, até mesmo, como mecanismo *incidental* para a consecução do cumprimento de um dever jurídico”. Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 300.

ou após a prolação da respectiva sentença, a prática de atos de repercussão física ou modificação do mundo exterior em sua estrutura. Nessa perspectiva, cabe ao condenado o cumprimento de obrigação personalíssima, cuja prestação deva ser cumprida (pessoalmente) pelo devedor, mediante o emprego exclusivo de meios de coerção (v.g., fixação de multa periódica pelo atraso no cumprimento da obrigação). Há, no caso, uma ordem judicial, que, se não cumprida, acarretará penalidades ao destinatário, dentre as quais a possibilidade de enquadramento em crime de desobediência<sup>1394</sup>.

O que se tem observado, atualmente, é que, por conta da necessidade de reaproximação das categorias processuais às peculiaridades do direito material a ser tutelado, naturalizou-se o fenômeno da interpenetração, na mesma cadeia procedimental de atos de cognição e execução<sup>1395</sup>. A preocupação, portanto, é que o processo, sem desprezar garantias fundamentais, seja um efetivo instrumento de realização do direito material, e, diante dessa premissa, a técnica antecipatória apresenta-se como um relevante instrumento de tutela dos direitos.

Ilustrativamente, observa-se que, na técnica antecipatória, o provimento, a despeito de ocorrer ordinariamente na fase de conhecimento, detém “executividade intrínseca”<sup>1396</sup>, o que fatalmente o qualifica como expressão do princípio do sincretismo processual<sup>1397</sup>. Apesar de essa interpenetração ocorrer no âmbito da mesma relação processual, não há descaracterização dessas mencionadas atividades. “Cognição e execução continuam sendo

<sup>1393</sup> Conforme preleciona José Carlos Barbosa Moreira, “ocioso frisar que, se não houver ordem, a sentença de procedência não será mandamental, mas simplesmente condenatória”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 25, n. 97, jan./mar. 2000, p. 261. Em outras palavras, como bem resume Eduardo Talamini, “o que confere ‘força executiva’ ao provimento mandamental não é a medida processual de coerção que eventualmente o acompanhe, mas o seu conteúdo de *ordem*, por força do qual seu descumprimento caracterizará afronta à autoridade, juridicamente censurável (pouco importando se a repreensão tem caráter administrativo, penal ou estritamente processual)”. Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 192.

<sup>1394</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “A sentença mandamental”. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 168-184; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000, p. 164.

<sup>1395</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Execução das medidas cautelares e antecipatórias”. *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Tereza Arruda Alvim Wambier coordenadores. São Paulo: RT, 2001, p. 469-470.

<sup>1396</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 251.

<sup>1397</sup> Reconhecendo o sincretismo entre as atividades cognitivas e executivas, Humberto Theodoro Júnior preleciona que “o jurista romano, que trabalhou basicamente a partir de um sistema arbitral onde a separação entre ação e execução era inevitável, soube superar as deficiências dessa dicotomia, criando os interditos. Com muito maior razão e com muito mais facilidade pode o jurista contemporâneo introduzir nos procedimentos civis mecanismos, como os da tutela antecipada, para abrandar e até mesmo anular a inconveniente separação entre o processo de conhecimento e de execução”. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 25, n. 97, p. 239, jan./mar. 2000.

atividades muito distintas, mesmo que aglutinadas na mesma relação processual”<sup>1398</sup>.

A rigor, é de se perceber que, sob o ponto de vista ontológico ou científico, não existe necessária separação entre as tutelas de conhecimento e de execução, sendo a questão meramente de política legislativa<sup>1399</sup>, no sentido de se buscar a adequada e eficaz proteção ao direito material em discussão<sup>1400</sup>.

Assim, essa dicotomia cognição-execução é meramente relativa<sup>1401</sup>, e a experiência anglo-americana, no particular, indica que a sua separação absoluta, notadamente em dois processos distintos, é complicação desnecessária e já superada, inclusive pelo fato de que a anacrônica sentença meramente condenatória, que apenas abre as portas da execução, não corresponde a um modelo que garanta a efetividade da tutela jurisdicional, algo alcançável em sua plenitude com a realização posterior de atos executivos<sup>1402</sup>.

No modelo anglo-americano, as *injunctions*<sup>1403</sup>, que são ordens para cumprir prestação de fazer ou não fazer e podem ser concedidas provisória ou definitivamente<sup>1404</sup>, destacam-se como um instrumento de prestação de tutela jurisdicional, tendo a sua eficácia assegurada historicamente pelo instituto do *contempt of court*<sup>1405</sup>. No sistema inglês, por exemplo, a *Rule 25* do *CPR* estabelece, expressamente, que o tribunal pode conceder medidas provisórias,

<sup>1398</sup> SANTOS, Evaristo Aragão. “A sentença como título executivo”. *Execução civil: aspectos polêmicos*. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha coordenadores. São Paulo: Dialética, 2005, p. 144.

<sup>1399</sup> Preleciona Evaristo Aragão Santos: “Seja como for, esses elementos históricos são, em nosso sentir, suficientes para autorizar a conclusão de que a cisão cognição-execução se operou muito mais por razões de contingências políticas e sociais do que, propriamente, como decorrência de imposição jurídico-dogmática. Talvez seja possível, a partir deles, dizer-se mais: a separação dessas atividades ocorreu por razões de caráter meramente *funcional*, as quais, em seguida, também inspiram a maioria dos textos legislativos modernos, produzidos a partir do início do século XIX, a organizar a atividade executiva em processo autônomo. O objetivo dessa separação foi o de, a um só tempo, *simplificar* e *potencializar* essa atividade”. Cf. SANTOS, Evaristo Aragão. “A sentença como título executivo”. *Execução civil: aspectos polêmicos*. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha coordenadores. São Paulo: Dialética, 2005, p. 130.

<sup>1400</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 34.

<sup>1401</sup> Nesse sentido, Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 49.

<sup>1402</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 193. Na mesma linha de pensamento, manifesta-se Ovídio A. Baptista da Silva: “Quanto ao interesse prático em estabelecer-se uma forma de tutela jurisdicional que preste satisfatividade final e definitiva a determinados direitos materiais, sem a exigência irracional e mortificante de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do *procedimento executivo autônomo*, com todos os percalços e inconvenientes da defesa (embargos) do executado, parece, ao menos aos juristas familiarizados com nossa experiência forense, assunto que dispensa maiores justificações”. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1998, p. 10-11.

<sup>1403</sup> Sobre as *injunctions*, ilustrativamente, Cf. LEUBSDORF, John. “Preliminary injunctions: in defense of the merits”. *Fordham Law Review*, v. 76, n. 1, p. 33-47, 2007.

<sup>1404</sup> No sentido de que o caráter mandamental da técnica antecipatória assemelha-se às *injunctions* do direito norte-americano, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 78.

<sup>1405</sup> CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986, p. 164-165.

dentre as quais *interim injunction*, que possibilita a expedição, no curso do processo, de uma ordem de fazer ou de não fazer com o objetivo de antecipar os efeitos do provimento<sup>1406</sup>. Já no direito norte-americano<sup>1407</sup>, em regulamentação similar à inglesa, as *Rules 64 (seizing a person or property)* e *65 (injunctions and restraining orders)* das *Federal Rules of Civil Procedure* estabelecem, respectivamente, medidas interinas de natureza cautelar e satisfativa com aptidão para proteger o direito da parte interessada antes do *trial*<sup>1408</sup>.

O que se tem observado, na realidade, é que somente há efetiva proteção à ameaça de lesão a direitos não patrimoniais, cuja violação representa prejuízos irreparáveis na sua completude, com a presença de provimentos aglutinativos de cognição e imediata execução, a fim de configurar a tutela inibitória<sup>1409</sup>, ou seja, a eficiente prevenção contra a ocorrência do temido dano. Em tais casos, esperar a violação ao direito material a ser apurada por intermédio de sentença meramente condenatória é praticamente denegar a prestação da tutela jurisdicional ao indivíduo que o Estado deve socorrer, não servindo, para tanto, a tutela cautelar<sup>1410</sup>.

São por essas razões que Ovídio A. Baptista da Silva<sup>1411</sup>, por exemplo, adota uma classificação que inclui as sentenças executivas e mandamentais no contexto da tutela jurisdicional. É da tradição processual brasileira considerar que a sentença condenatória tem como função, após declarar a existência do direito, apenas preparar a execução. Essa

<sup>1406</sup> Sobre as solicitações de “*mandatory injunctions*” e a necessidade de redobrada cautela judicial para a concessão, inclusive pelo fato de que a maior parte dos pedidos de medidas interinas precede a *disclosure* dos documentos relevantes das partes, Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formais judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 186-187.

<sup>1407</sup> Genericamente, acerca da *enforcement of injunctions*, Cf. HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven / London: Yale University Press, 1993, p. 196-199.

<sup>1408</sup> MITIDIERO, Daniel. “A técnica antecipatória na perspectiva do direito comparado”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 10, n. 57, p. 35-36, nov./dez. 2013.

<sup>1409</sup> Para Sérgio Cruz Arenhart, “apenas por meio da antecipação de tutela que se pode obter o ideal enfrentamento da tutela urgente em ação inibitória. Impõe-se colocar à disposição do jurisdicionado formas de satisfação urgente (ainda que provisória) da pretensão exposta em juízo, de modo a oferecer, de maneira sumária, os mesmos efeitos que a decisão final seria capaz de fornecer. Em realidade, seja pela dificuldade em coleccionar-se toda a prova necessária para a ação, seja diante da iminência da lesão que se quer evitar, seja ainda pela atitude inusitada que pode o réu adotar ao ser citado para a ação, a tutela antecipatória inibitória pode representar papel crucial para o perfeito desempenho da função preventiva que se empresta a esse instrumento”. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 296.

<sup>1410</sup> Luiz Guilherme Marinoni afirma que: “Se alguns direitos não podem ser adequadamente tutelados na forma repressiva, parece natural a afirmação de que a eles deve ser assegurada a tutela preventiva. A garantia de tutela preventiva, porém, não se confunde com a garantia de tutela cautelar, até porque, como já foi dito, a tutela cautelar foi concebida, em princípio, para permitir a efetiva proteção de um direito já violado”. E, em linha de arremate, afirma que, “admitida a existência de um direito constitucional à tutela preventiva, fica o legislador infraconstitucional obrigado a estabelecer os instrumentos adequados para garanti-la, sob pena de descumprir o preceito constitucional consagrador do direito de acesso à justiça” Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 66-67.

<sup>1411</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1998, p. 12-47, 57 e 191.

concepção, certamente, apresenta raízes ideológicas que não são mais compatíveis com a complexidade dos conflitos oriundos da sociedade contemporânea.

A influência da tradição romano-germânica, que historicamente estabelecia uma identificação entre “decidir” e “julgar”, contribuiu para a generalização do procedimento ordinário no Brasil, impedindo, como regra, a inclusão dos interditos ou a concessão de liminares, outorgadas com base em cognição sumária, em sua estrutura legal. Historicamente, por exemplo, a sentença da ação reivindicatória possui apenas natureza declaratória, pois a execução que se seguia era privada<sup>1412</sup>. De igual modo, e por um princípio de coerência lógica, a tradição do direito privado romano fez com que a doutrina que influenciou originariamente o CPC/1973 tenha preservado a distinção radical entre “decisão” e “ordem”, de modo a conceber a sentença como ato jurisdicional típico, constituída exclusivamente por cognição, sem que a ordem integre o seu conteúdo.

Essa realidade, repita-se, era incapaz de atender às demandas impostas pela complexidade da sociedade pós-moderna em que se vive, e, nesse contexto, o processo, como efetivo instrumento de tutela do direito material, deve possibilitar mecanismos que prestem, inclusive em situações de urgência, satisfatividade final e definitiva a determinados direitos, sem a irracional exigência de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do processo autônomo de execução. Um bom exemplo dessa perspectiva é o reconhecimento da força executiva dos provimentos que utilizam a técnica antecipatória<sup>1413</sup>, especialmente diante de circunstâncias fáticas de urgência, como ocorrem em alguns casos envolvendo prestações de saúde pública.

Tudo isso demonstra que uma análise correta da tutela jurisdicional tem que ter como ponto de partida o princípio da efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF). Não se pode prestigiar apenas o campo das abstrações e divagações teóricas, em uma perspectiva formal e neutra perante as peculiaridades do direito material. Pelo contrário, como é próprio desses novos tempos, a preocupação dos processualistas modernos, diante dos limites impostos pelo legislador democrático e do caso sob apreciação, é com o equilíbrio de valores aparentemente paradoxais, pois, de um lado, devem preservar as garantias processuais das partes, e, de outro, proporcionar a efetividade do processo como instrumento de tutela de direitos. Não é possível pender apenas para um lado dessa balança, sob pena de caracterização de um modelo que acarrete injusto desequilíbrio. Logo, os institutos processuais devem ser

---

<sup>1412</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1998, p. 62-63.

<sup>1413</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela antecipatória”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 83, v. 706, p. 56-60, ago. 1994.

avaliados e adaptados segundo uma perspectiva de sua real utilidade, e, nesse contexto, a efetividade do processo caracteriza-se por ser ele um instrumento, que, respeitando as balizas do garantismo, conceda a tutela jurisdicional a quem tem razão e no menor tempo possível. Afinal, uma prestação jurisdicional tardia terá pouca ou nenhuma utilidade para a parte vencedora.

Na realidade, a conciliação do binômio segurança-efetividade não é tarefa fácil, justamente em virtude da inevitável presença do fenômeno “tempo”. De todo modo, boa técnica processual será aquela que caminhar equilibradamente entre esses valores (segurança e efetividade). Observe-se que ela, a técnica processual, não se confunde com o “procedimento”, que é apenas um de seus aspectos. Não se nega, entretanto, que, pela modificação do procedimento, é possível alcançar uma melhor técnica processual, que, dessa forma, será satisfatória e adequada (efetiva), quando capaz de proporcionar resultados justos, capazes de reverter situações desfavoráveis.

A compreensão da tutela jurisdicional, portanto, não pode deixar de levar em conta os “meios” que se fazem necessários ao alcance dos “resultados” da decisão ou das decisões proferidas ao longo do processo<sup>1414</sup>. Tutela jurisdicional significa, a um só tempo, o “tipo” de proteção pedida ao Estado-juiz (pedido imediato) e os “efeitos práticos” dessa proteção no âmbito do direito material (pedido mediato). Enfim, a tutela jurisdicional, como resultado do processo judicial, não prescinde dos meios aptos a proporcioná-la, ou seja, da técnica processual.

A técnica antecipatória, desse modo, apresenta-se como peça fundamental, para proporcionar tutela jurisdicional ao cidadão que invoca o seu direito a prestações de saúde pública em situações de urgência. A decisão, mesmo em sede de cognição sumária, tem caráter mandamental e, sem prejuízo dos efeitos resultantes pelo seu eventual descumprimento, pode ser executada mediante os poderes executivos atípicos do juiz, o que também demonstra que as ações executivas *lato sensu*, quanto à fase executiva, podem servir de inspiração na busca de sua efetividade. Diante dessa constatação, revela-se oportuna a análise dos poderes executivos do juiz, resultantes do art. 139, IV, do CPC/2015, bem como a verificação da compatibilidade desses poderes com a efetividade da decisão que utiliza a técnica antecipatória de tutela satisfativa de prestações saúde pública em situações de elevada urgência. É o objeto do tópico que se segue.

---

<sup>1414</sup> Por todos, Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 127-128.

### **5.2.2 Dos poderes executivos do juiz e da (in)adequação das técnicas de execução indireta para tutelar as situações individuais de extrema urgência**

Como já ressaltado, nas questões de urgência, pela própria natureza do direito à saúde, são necessárias “técnicas processuais adequadas” à concretização da ordem judicial, ou seja, decidido a respeito do cabimento da tutela de urgência envolvendo a concessão de bem ou serviço de saúde pública, surge a questão de como efetivar essa medida. Nesse caso, como não é possível, em princípio, a realização de diálogos interinstitucionais, impõe-se a realização da atividade executiva, a fim de viabilizar a tutela do direito a prestações de saúde pública.

Observe-se que a inefetividade das medidas executivas apenas fomenta a crise de eficiência a qual assola a jurisdição estatal, representada pela sua incapacidade para resolver os conflitos satisfatoriamente e para disseminar um sentido de justiça, fato que impossibilita a socialização de expectativas quanto à interpretação da ordem jurídica, além de não exercer adequadamente controle social, reforçando as estruturas de poder<sup>1415</sup>. Revela-se necessário, portanto, repensar a execução contra a Fazenda Pública, questionando antigos dogmas.

Na linha do que preleciona Luiz Guilherme Marinoni<sup>1416</sup>, deve-se compreender que o controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais é inerente à jurisdição. Na realidade, os poderes executivos atípicos do juiz e o direito fundamental à tutela executiva eficiente decorrem do devido processo legal substancial e, em certa medida, têm correlação com a temática do controle difuso de constitucionalidade. É que, se o juiz pode controlar a constitucionalidade de um ato normativo, também pode controlar a falta ou a insuficiência de regulamentação legal, quando essa situação revelar-se imprescindível à tutela de um direito fundamental. Trata-se do controle da omissão inconstitucional, o qual, pelo modelo difuso, pode ser realizado no caso concreto.

Nas questões envolvendo a judicialização da saúde, por exemplo, não é raro o juiz do caso deparar-se com a insuficiência de regulamentação legislativa. Em outras palavras, proferida a decisão, especialmente nas situações de urgência, há dificuldade de forçar o seu cumprimento e, com efeito, tutelar esse direito no plano dos fatos. Não é rara, na imprensa, a divulgação de casos de pacientes que faleceram à espera do procedimento que deveria ocorrer

---

<sup>1415</sup> FARIA, José Eduardo. “O judiciário e seus dilemas”. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 56, p. 64, set. 1999.

<sup>1416</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais”. *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 253-265.

por consequência da decisão judicial. Nessa situação, defende-se que o juiz deve tutelar o direito à saúde por intermédio de medidas executivas atípicas, após reconhecer, fundamentadamente, a omissão ou a insuficiência de regra processual. Essa tese, pela máxima da “menor restrição possível”, não ofende o direito de defesa, pois, na aferição da idoneidade da técnica executiva, deve-se considerar o fato de ela também ser a menos lesiva à esfera jurídica da Fazenda Pública. Observe-se que são dois discursos distintos: um sobre o direito material à saúde e outro — que tem por base esse primeiro — sobre o direito processual à técnica adequada à tutela jurisdicional efetiva<sup>1417</sup>.

Alexandre Freitas Câmara<sup>1418</sup> tem razão, ao afirmar que a ordem jurídica brasileira admite a utilização de meios executivos atípicos, de sub-rogação ou de coerção, por também ser inerente à função jurisdicional. Se, de um lado, a ordem jurídica confere competência executiva, deve, de outro, propiciar todas as condições para que o direito material seja efetivamente tutelado. Em contrapartida, se é certo que esses meios atípicos potencializam a eficácia do processo, não é menos correto afirmar que devem ser vistos, em respeito ao legislador democrático, como medidas excepcionais e subsidiárias em relação às técnicas processuais já disciplinadas na legislação. Na hipótese, “incumbe ao juiz atuar de modo a impor não mais do que o mínimo necessário à proteção do direito fundamental”<sup>1419</sup>.

Dessa forma, na hipótese de os meios executivos tipificados pelo legislador revelarem-se insuficientes para proporcionar o efetivo cumprimento da decisão, pode o juiz valer-se de meios atípicos, resguardando, todavia, a observância das garantias do devido processo legal em favor da parte contrária, que deve ter a sua esfera jurídica minimamente lesada.

Não se pode perder de vista que, na atual quadra histórica, os direitos fundamentais devem ser efetivamente protegidos por intermédio do processo, que não pode ser concebido como mero instrumento abstrato e retórico de ineficácia das promessas legislativas. Nesse contexto, a superação do racionalismo cientificista impõe que o direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF) não seja compreendido como simples direito formal de acesso à jurisdição e

---

<sup>1417</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais”. *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 255 e 263-265.

<sup>1418</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. “A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis”. *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim, Gilberto Gomes Bruschi, Mara Larsen Chechi e Mônica Bonetti Couto coordenadores. São Paulo: RT, 2014, p. 15-17.

<sup>1419</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. “Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais”. *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 259.

desvinculado completamente do direito material. Pelo contrário, o processo, como manifestação de um dever constitucional, deve viabilizar a “tutela jurisdicional”, expressão cujo conceito, certamente, passa pela proteção concreta do direito material, a qual deve ser verificada no plano dos fatos<sup>1420</sup>.

Deve-se perceber, ademais disso, que o direito material deve ser protegido, preventiva e repressivamente, pelas três esferas de poder estatal, e essa proteção, para não ser tachada de insuficiente ou excessiva, deve atender aos pressupostos da máxima da proporcionalidade. Nessa perspectiva, em sua interpretação das normas processuais, o juiz deve buscar aquela que, respeitando os parâmetros do devido processo legal, confira maior efetividade à tutela do direito material. Para tanto, devem-se visualizar os poderes executivos atípicos do juiz, previstos genericamente no art. 139, IV, do CPC/2015, como cláusula geral processual, no sentido de que possibilitam a abertura do texto normativo à dinamicidade da vida social<sup>1421</sup>.

O sistema jurídico brasileiro, se comparado, não é dos menos avançados. Conforme o art. 536 do CPC, quando se trata de decisão judicial que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. Nesse contexto, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Por sua vez, disciplina o art. 139, IV, do CPC que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Trata-se de regra que, genericamente, disciplina os poderes executivos do juiz ou da cláusula geral de efetivação da tutela jurisdicional<sup>1422</sup>, mediante a utilização das técnicas mandamental e executiva *lato senso*, por intermédio de medidas indutivas e coercitivas, para assegurar o cumprimento de ordens judiciais, inclusive quanto ao cumprimento de obrigações de pagar<sup>1423</sup> (Enunciado n° 48 da ENFAM<sup>1424</sup>). Esse regramento, por certo, deve ser aplicado

---

<sup>1420</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVIII, n. 1, p. 1.076-1.077, mar. 1994.

<sup>1421</sup> ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODVIM, 2006, p. 153, 159 e 168.

<sup>1422</sup> ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 289.

<sup>1423</sup> No sentido de que também há uma ordem para o cumprimento de sentença que fixa obrigação de pagar, Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de

ao cumprimento de decisões judiciais fundadas em situação de urgência.

É interessante observar que há, na doutrina, quem considere que as medidas coercitivas e indutivas sejam espécies de tutela mandamental<sup>1425</sup>. Nesse sentido, as medidas coercitivas, a exemplo da multa periódica, visariam a pressionar psicologicamente o destinatário quanto ao cumprimento da obrigação, enquanto as medidas indutivas consistiriam na atribuição de sanções indiretas, restritivas de algum direito da parte, tais como proibição do funcionamento ou do exercício de atividade empresarial enquanto perdurar o inadimplemento, ou mesmo, em limites extremos, a própria prisão do devedor. Há, todavia, concepção similar, cuja diferença seria o seguinte: enquanto as medidas coercitivas propoariam uma sanção negativa, as indutivas, contrariamente, acenariam para um benefício, uma vantagem ou um incentivo para o obrigado.

De todo modo, o texto legal não estabelece diferença eficaz, e, sendo assim, defende-se que o juiz pode desenvolver elevado grau de criatividade, para assegurar o efetivo cumprimento da ordem judicial. Tem-se sustentado, por exemplo, que são possíveis as seguintes medidas indutivas ou coercitivas: a) proibição contra o devedor pessoa física de exercer certas funções em sociedades empresariais ou na Administração Pública; b) proibição de contratar com a própria Administração Pública; c) indisponibilidade de bens móveis e imóveis; d) proibição de uso de cartão de crédito; e) suspensão de benefício fiscal; f) suspensão dos contratos, ainda que privados, de acesso aos serviços de telefonia, Internet, televisão a cabo etc., desde que não essenciais à sobrevivência (tais como os de fornecimento de energia e água); g) proibição de frequentar determinados locais ou estabelecimentos; h) apreensão do passaporte (se pode o mais, que é prender em caso de prestações alimentares, pode o menos, isto é, restringir parte do direito de ir e vir); i) apreensão temporária, com desapossamento, de bens de uso (exemplo: veículos), desde que não essenciais (exemplo: roupas ou equipamentos profissionais); j) suspensão da habilitação para dirigir veículos; k) bloqueio da conta corrente bancária; l) embargo de obra; m) fechamento do estabelecimento; n) restrição ao horário de funcionamento da empresa; o) ampliação de prazos para

---

pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 265, p. 109, mar. 2017.

<sup>1424</sup> Enunciado n° 48 da ENFAM: “O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais”.

<sup>1425</sup> WALDRAFF, Célio Horst. “Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973”. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba – PR, v. 5, n. 50, p. 113-130, mai. 2016.

cumprimento da obrigação etc.<sup>1426</sup>.

Há quem sustente que o art. 139, IV, do CPC autoriza também a prisão civil do responsável pelo cumprimento da obrigação<sup>1427</sup>. Nessa perspectiva, a prisão seria uma medida coercitiva, que não pode ser confundida com a prisão por dívidas, pois se interpreta a vedação constitucional (art. 5º, LXVII) no sentido de que a prisão vedada diz respeito apenas às obrigações patrimoniais<sup>1428</sup>, estando excepcionado, expressamente, o caso de inadimplemento de obrigações alimentares<sup>1429</sup>, conforme disciplina o art. 522, § 2º, do CPC. Enfim, defende-se que, mesmo não assegurando imediatamente o cumprimento da prestação solicitada<sup>1430</sup>, a prisão processual seria justificada, para, similarmente ao *contempt of court* do direito norte-americano<sup>1431</sup>, afirmar o respeito quanto ao cumprimento da determinação judicial, sem prejuízo de garantir o direito fundamental de tutela jurídica efetiva<sup>1432</sup>.

<sup>1426</sup> Nesse sentido, Cf. MEIRELES, Edilton. “Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 231-245, set. 2015.

<sup>1427</sup> Em sentido contrário, ilustrativamente, Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 265, p. 119, mar. 2017.

<sup>1428</sup> A prisão está constitucionalmente vedada, conforme preleciona Luiz Guilherme Marinoni, para dívidas pecuniárias. Nesse sentido, “a prisão apenas pode ser usada quando a decisão não exigir dispêndio de dinheiro e depender do exclusivo comportamento da parte. Além disso, somente pode ser utilizada quando nenhum outro meio de execução mostrar-se capaz de dar efetividade a decisão judicial”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 177. Nesse mesmo sentido, alegando “que, excepcionalmente, desde que observados certos parâmetros, é possível a utilização da prisão civil como medida coercitiva atípica para a efetivação de direitos sem conteúdo patrimonial”, Cf. DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. Vol. 5. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 637. Sob a égide do CPC/1973, Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 134-137. Em sentido contrário, Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2003, p. 514. Também em sentido oposto, já sob a vigência do CPC/2015, ilustrativamente, Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017, p. 319.

<sup>1429</sup> Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini entendem que a prisão civil não pode se restringir às dívidas alimentares decorrente do Direito de Família, pois o conceito constitucional de alimentos “abrange toda e qualquer prestação que seja na sua origem essencialmente destinada à subsistência digna do titular do direito. Então, abrange verbas remuneratórias do trabalho ou da prestação de serviços em caráter pessoal. Abrange igualmente indenizações destinadas à subsistência da vítima de condutas ilícitas ou de seus alimentos. Mais ainda: prestações estatais positivas atinentes a direitos fundamentais também podem revestir-se dessa natureza – tais como, o direito a medicamentos, tratamento médico, vagas em instituições hospitalares ou de ensino etc.”. Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 3. 16. ed. refor. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 495-496.

<sup>1430</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 21, p. 342, out. 2012.

<sup>1431</sup> HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven / London: Yale University Press, 1993, p. 202-204.

<sup>1432</sup> Defendendo, sob a égide do CPC/1973, a prisão “penal” como medida de coerção processual civil relativa à execução indireta de obrigação de fazer infungível, Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. “Prisão penal e coerção processual civil”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 6, n. 19, p. 76-88, jan./mar. 2001.

Embora o texto do art. 139, IV, do CPC aproxime-se da tradição da *Common Law*, em que os juízes têm um poder indeterminado de aplicação de medidas de execução indireta<sup>1433</sup>, é certo que o juiz deve ser prudente em sua aplicação<sup>1434</sup>, inclusive, preferencialmente, deve utilizá-lo somente de forma “subsidiária”, ou seja, quando as medidas típicas flagrantemente não se revelarem adequadas. Nessa perspectiva, para que esses poderes executivos do juiz não sejam utilizados arbitrariamente, mostra-se fundamental verificar, no caso, as restrições estabelecidas pela incidência da máxima da proporcionalidade, inclusive eventual abuso poderá ser objeto de questionamento em sede de agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015). Serão inadmissíveis, nesse contexto, as medidas que afrontem diretamente o sistema constitucional<sup>1435</sup>.

Como corretamente sustenta Eduardo Talamini<sup>1436</sup>, a efetividade da execução é igualmente proporcional à possibilidade de que sejam excedidos os limites do razoável, com a prática de verdadeiros abusos judiciais contra inadimplentes, de modo que o emprego de tais medidas coercitivo-indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na excepcionalidade da medida, com o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito, na proporcionalidade, inclusive à luz da regra da menor onerosidade prevista no art. 805 do CPC/2015, na necessidade de fundamentação substancial e, principalmente, nos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal (não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de ir e vir etc.)<sup>1437</sup>. Pelo que se observa, portanto, a atipicidade decorrente do art. 139, IV, do CPC caracteriza-se, como regra, pela “subsidiariedade”<sup>1438</sup>.

<sup>1433</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 121.

<sup>1434</sup> É interessante observar que a aplicação adequada de textos normativos extremamente abertos também faz parte da preocupação da doutrina da *Common Law*. No que se refere ao instituto das *injunctions*, Cf. LEUBSDORF, John. “Preliminary injunctions: in defense of the merits”. *Fordham Law Review*, v. 76, p. 35, n. 1, 2007.

<sup>1435</sup> O STF, ilustrativamente, no campo do Direito Tributário, sinaliza o seu posicionamento por intermédio das Súmulas n° 70, 323 e 547.

<sup>1436</sup> TALAMINI, Eduardo. “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*”. *Revista Brasileira de Advocacia*, São Paulo, RT, ano 1, n. 1, p. 17-43, jan./mar. 2016.

<sup>1437</sup> No mesmo sentido, parece ser a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves. Advoga este autor, corretamente, que só se devem utilizar as medidas executivas atípicas, após o esgotamento das medidas típicas. No caso das obrigações de pagar, por exemplo, além da sequência normal dos atos de execução patrimonial, normalmente pautada pelo binômio penhora-expropriação, o CPC prevê o “protesto de sentenças” (art. 517) e a “inclusão do executado no cadastro de inadimplentes” (art. 782, §§ 3° a 5°). Assim, apenas quando, no contexto do caso concreto, essas medidas típicas revelarem-se ineficazes é que se recorrerá ao art. 139, IV, do CPC. É preciso observar, todavia, que, como as medidas atípicas não possuem natureza sancionatória, somente devem ser utilizadas, quando efetivamente se mostrarem aptas a pressionar o cumprimento da obrigação pelo executado. Ademais, ainda com base na lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, devem ser respeitados o princípio do patrimônio mínimo, ou seja, as regras de impenhorabilidade, e a máxima da intangibilidade da dignidade humana. Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de

Em outros termos, são balizas importantes para que o juiz utilize os seus poderes executivos atípicos: a) o esgotamento das medidas executivas típicas; b) a possibilidade de cumprimento da obrigação pelo executado; c) a observância dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, estabelecendo uma certa correlação entre a medida coercitiva e a origem do crédito exequendo; d) a eficiência da medida, mantendo o seu caráter coercitivo; e) a menor onerosidade da medida; f) o respeito ao contraditório como influência prévia; g) o respeito ao dever de fundamentação; h) o respeito às garantias constitucionais (direito de ir e vir; direito ao trabalho etc.)<sup>1439</sup>.

Embora existam sérias limitações à Fazenda Pública, quanto ao agente público diretamente responsável pelo cumprimento da obrigação, essas medidas, certamente, podem ser aplicadas, em especial, quando envolver situações de urgência. Em outros termos, se há risco concreto de ocasionar um dano irreparável à saúde do jurisdicionado, até mesmo a sua morte, em caso de descumprimento da ordem judicial, ou se a medida pode lhe acarretar significável qualidade de vida, é possível, em tese, aplicar criativamente o art. 139, IV, ao agente público.

Apesar de todas essas possibilidades, a prática forense tem demonstrado que a “execução forçada”, por haver uma série de dificuldades fático-jurídicas<sup>1440</sup>, não é a forma mais eficiente de implementar, em juízo, medida que acarrete impacto sobre determinada política pública<sup>1441</sup>. As demandas por prestações individuais de saúde pública, por exemplo, possuem natureza estrutural, com foco em interesses policêntricos e irradiados, não lhe servindo a lógica executiva do tradicional processo bipolar individualizado<sup>1442</sup>. Por isso,

---

obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 265, p. 107-150, mar. 2017.

<sup>1438</sup> Nesse sentido, observe-se o que dispõe o Enunciado nº 12 do FPPC: “A aplicação das medidas atípicas subrogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”.

<sup>1439</sup> Em sentido similar, Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 3. 16. ed. refor. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 494-495.

<sup>1440</sup> A respeito dessas dificuldades, Cf. VITORELLI, Edilson. “Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 43, n. 275, p. 287-289, jan. 2018.

<sup>1441</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 35, out. 2012.

<sup>1442</sup> Conforme preleciona Edilson Vitorelli, “tais situações exemplificam a necessidade de se pensar o litígio para além do que está retratado no processo. Não é apenas uma criança, ou um exame médico. Trata-se de um litígio coletivo irradiado, ou seja, um litígio que atinge subgrupos sociais variados, de formas e graus de intensidade igualmente variados, com interesses conflitantes entre si, o que acarreta um alto grau de conflituosidade intraclasse, bem como elevado grau de complexidade na formulação da pretensão coletiva, uma vez que nem todos os membros do grupo esperam o mesmo resultado do processo”. Cf. VITORELLI, Edilson. “Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 43, n. 275, p. 289, jan. 2018.

ratificando essas considerações, as três observações que se seguem ainda se revelam oportunas e necessárias, para os fins deste estudo.

A primeira relaciona-se à constatação de que, quando se trata de decisão judicial que afete, direta ou indiretamente, a realização de políticas públicas pelo governo, a exemplo de prestações de saúde não acobertadas pelo planejamento governamental, o exercício dos poderes concedidos pelo art. 139, IV, do CPC pode causar um indesejável estranhamento entre as esferas de poder estatal. Imagine-se, por exemplo, a prisão de um servidor público, em sentido estrito, ou mesmo de um agente político, como um Secretário de Saúde. Trata-se de uma situação jurídica que, na prática, pode criar um certo grau de instabilidade interinstitucional, podendo desestabilizar a harmonia democrática.

É fato que o inverso também ocorre, ou seja, também se cria um abalo quanto à interpretação da cláusula pétrea da separação de poderes, quando não se cumprem as decisões judiciais dotadas de plena eficácia. Tudo isso confirma a tese de que as decisões judiciais, nessa seara, devem ser excepcionais. Em outras palavras, no caso específico da judicialização da saúde por prestações não previstas nas ações ordinárias do governo, a execução de decisões judiciais deve ficar restrita aos casos em que o jurisdicionado possa sofrer um dano irreversível à sua saúde, ou, no caso de doenças raras crônicas ou genéticas, possa efetivamente melhorar a sua qualidade de vida, parâmetro esse, não custa lembrar, que deve ser somado a outros critérios objetivos que conferem racionalidade decisória.

Menos impactante, mas também dotada de imperatividade potencialmente desestabilizadora da harmonia entre os poderes estatais, é a determinação à Fazenda Pública para, primeiramente, incluir no orçamento a verba necessária ao adimplemento progressivo do direito à saúde, bem como, em um segundo plano, aplicar essa verba corretamente<sup>1443</sup>. A intervenção do Poder Judiciário no orçamento é sempre uma medida antipática e eventualmente antidemocrática, de modo que deve ser revestida de excepcionalidade. Se for o caso, deve-se buscar, como parâmetro executivo, que a determinação judicial em matéria de políticas públicas ocorra por intermédio de “execução negociada”<sup>1444</sup>, proporcionando, de um lado, a governabilidade democrática, e de outro, a efetiva transformação da realidade social em aproximação com as promessas do Estado Social e Democrático de Direito. Aqui, certamente, o parâmetro deve ser o da execução de sentenças coletivas estruturais, que serão estudadas na parte final deste estudo.

---

<sup>1443</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009, p. 48.

<sup>1444</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012.

Em terceiro lugar, impõe-se observar que as medidas coercitivas nem sempre são adequadas aos casos de urgência. Há casos, nas pretensões por serviços de saúde pública e medicamentos, em que a urgência é tão elevada, que somente resta uma medida de sub-rogação<sup>1445</sup>, que é o imediato arresto pecuniário nas contas públicas, para garantir a imediata tutela da saúde do jurisdicionado, evitando-se a ocorrência de dano irreversível. Nesse caso, certamente, deve haver a comprovação republicana dos gastos pertinentes, sob pena de ressarcimento ao erário. Quando a medida não for tão urgente, todavia, é possível a utilização das técnicas de execução indireta.

A técnica mais comum de pressão para o cumprimento voluntário da obrigação diz respeito à utilização da multa coercitiva<sup>1446</sup>. Trata-se de uma técnica processual de natureza acessória<sup>1447</sup>, que visa à tutela específica do cumprimento da obrigação principal<sup>1448</sup>, razão pela qual não se confunde com o *contempt of court* do direito anglo-americano<sup>1449</sup>.

No particular, o art. 537 do CPC disciplinou genericamente a matéria, eliminando diversas divergências doutrinárias<sup>1450</sup>. Inicialmente, esclareceu que a multa independe de requerimento da parte<sup>1451</sup> e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. Em segundo

---

<sup>1445</sup> Defendendo a aplicação de medidas sub-rogatórias contra a Administração Pública, Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017, p. 309.

<sup>1446</sup> Roger Perrot, analisando a temática à luz do sistema francês, esclarece que, se o comportamento do devedor for de descaso em relação ao cumprimento da ordem judicial, as *astreintes* podem se transformar em uma pena privada em favor do credor. Cf. PERROT, Roger. “La coercizione per dissuasione nel diritto francese”. Traduzione della Mariacarla Giorgetti. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LI, p. 666-667, lug./sett. 1996.

<sup>1447</sup> Sobre a natureza jurídica acessória da multa coercitiva, Cf. GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998, p. 115.

<sup>1448</sup> Acerca da correlação entre as *astreintes* e a tutela jurisdicional específica de obrigações de fazer e de não-fazer, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 20, n. 79, p. 65-76, jul./set. 1995.

<sup>1449</sup> Conforme preleciona Neil Andrews, “a parte que não cumprir uma *injunction* será responsabilizada por desacato, mesmo que convença a Corte, posteriormente, a voltar atrás quanto à concessão da *injunction*”. Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formais judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 302-303.

<sup>1450</sup> Não ficou muito clara, todavia, a questão da incidência da multa coercitiva no cumprimento de obrigações de pagar. Para Daniel Amorim Assumpção Neves, essa técnica processual só se considera interessante nessa hipótese, quando se trata de situações em que, embora possível pelos sérios indícios de existência patrimonial, haja dificuldade na constrição de bens. É que, quando o executado não tem bens, a medida revela-se inócua. Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 265, p. 139, mar. 2017.

<sup>1451</sup> O sistema brasileiro é diverso dos modelos português e alemão, que exigem, para a incidência da multa coercitiva, prévio pedido formulado pelo credor. Cf. PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreintes) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 83.

lugar, deixou claro que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor, a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: a) tornou-se insuficiente ou excessiva; b) o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. Em terceiro lugar, diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos<sup>1452</sup> e alinhado ao sistema franco-belga, determinou que o valor da multa será devido ao exequente<sup>1453</sup>. Ademais disso, avançando em relação ao paradigma racionalista de processo<sup>1454</sup>, esclareceu que a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitindo o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. Finalmente, preconizou que a multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

Como se percebe, o sistema brasileiro, se comparado a outras ordens jurídicas<sup>1455</sup>, apresenta-se bastante avançado. É possível avançar mais, todavia. Nessa perspectiva, considerando que “terceiros” também mantêm obrigações perante determinados processos<sup>1456</sup> (art. 77, IV, do CPC), entende-se que não há mais espaço para suscitar a existência de óbice político quanto à aplicação da multa coercitiva diretamente ao agente público responsável

---

<sup>1452</sup> Em Portugal, a destinação dos valores relativos à multa coercitiva, sem qualquer limite, é repartida por igual entre o Estado e o credor da obrigação. Diferentemente, na Alemanha, com a ressalva de que existe um teto previsto em lei, todo o valor é destinado ao Estado. Cf. PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreintes) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 83.

<sup>1453</sup> Criticando o modelo brasileiro, sob o argumento de que pode gerar um enriquecimento sem causa, Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 207.

<sup>1454</sup> O CPC/2015, apesar de bastante festejado, manteve-se preso ao paradigma liberal-racionalista, sendo digno de destaque, só para citar um exemplo, o tema do efeito suspensivo próprio do recurso de apelação. No particular, o sistema brasileiro assemelha-se ao francês, que, por força do art. 501 do respectivo CPC, excluiu da sentença de primeiro grau a eficácia executiva imediata e automática. Nesse sentido, Cf.

<sup>1455</sup> Ilustrativamente, observa-se que, na Itália, apenas com a reforma processual de 2009, especificamente a partir do art. 614-bis, a multa coercitiva passou a ser prevista de modo mais genérico para os procedimentos, mas, mesmo assim, restrita às obrigações de fazer infungíveis e às obrigações de não fazer. Curiosamente, o instituto não é aplicável às relações empregatícias, inclusive públicas. Ademais, a aplicação da multa depende de pedido da parte interessada. Sobre o tema, Cf. BONATO, Giovanni. “As reformas da execução no processo civil italiano”. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra coordenadores. Salvador, JusPODVIM, 2016, p. 280-289. Para uma crítica acerca dos limites da execução indireta italiana a partir dessa reforma processual, Cf. CHIARLONI, Sergio. “L’esecuzione indireta al sensi dell’art. 614-bis do CPC: confini e problemi”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, v. 1, p. 223-236, jan./jun. 2015; FONSECA, Elena Zucconi Galli. “Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 1, p. 389-401, mar. 2014; BOVE, Mauro. “La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis c.p.c.”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIV, n. 3, p. 781-793, sett. 2010.

<sup>1456</sup> A respeito do tema, ainda sob a égide do CPC/1973, Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. “A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores. São Paulo: RT, 2004, p. 951-993.

pelo cumprimento da obrigação<sup>1457</sup>.

Trata-se de um dilema a ser enfrentado pelo juiz no caso concreto, mas é certo que, somente assim, o instituto se apresenta como uma medida eficaz em relação à Fazenda Pública. Se a multa coercitiva fosse dirigida apenas ao Estado<sup>1458</sup>, pessoa jurídica, a coletividade restaria punida duplamente, pois, além de não ver imediatamente aplicados os recursos públicos de forma constitucionalmente adequada, teria que pagar, com outros recursos públicos, pela má-gestão do governante<sup>1459</sup>. O agente representa fisicamente o Estado, e, em matéria de proteção social, em muitos casos, não se pode trabalhar abstratamente, de modo que, se a decisão ainda se encontra dotada de eficácia, deve ser cumprida, para não haver intervenção executiva. A efetividade da decisão, como já ressaltado neste estudo, depende da eficácia da técnica processual adotada<sup>1460</sup>.

---

<sup>1457</sup> No regime do CPC/1973, defendendo a inaplicabilidade da multa contra o agente público que, diretamente, desatendeu ao preceito judicial, Cf. TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2003, p. 246-247. No mesmo sentido, Cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do cpc e outras*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 128. Afirmando ser, todavia, a multa coercitiva ineficaz em relação ao cumprimento de ordens judiciais direcionadas à realização de políticas públicas, por recair sobre a receita do erário público, e não sobre o agente responsável por sua gestão, Cf. SALLES, Carlos Alberto de. “Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades”. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 221. Por esse motivo, parte da doutrina já vem admitindo a aplicação da multa coercitiva sobre o agente público. Rafael Caselli Pereira, por exemplo, entende que “o agente público, causador do dano, deverá ser responsável pelo pagamento do quantum alcançado pela astreinte, respondendo por perdas e danos, arcando também com eventual multa por ato atentatório à dignidade da justiça, litigância de má-fé e, inclusive, responder pelo crime de desobediência”. Cf. PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreinte) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 132-133. Corretamente, Leonardo Carneiro da Cunha defende que, “antes de impor a multa ao agente público, seja observado o contraditório, intimando-o para cumprir a decisão e advertindo-o da possibilidade de se expor à penalidade pecuniária”. Cf. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. refor. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139.

<sup>1458</sup> Sobre as críticas relacionadas à aplicação da multa coercitiva contra o Estado, Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 189-190.

<sup>1459</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009, p. 430.

<sup>1460</sup> Há precedente do STJ nessa linha de raciocínio: “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO. 1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes. 2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as astreintes possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento a decisão judicial proferida no curso da ação mandamental. 3. Parte sui generis na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º). 4. Como refere a doutrina, ‘a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio’ (VARGAS, Jorge de Oliveira. *As consequências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se “a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e*

Sendo assim, revela-se adequada a regulamentação da matéria no PL n° 8.058/2014. Por força do art. 21 desse Projeto de Lei, se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no CPC, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

A despeito dessa tendência, reafirma-se que o grande dilema a ser enfrentado pelo juiz que analisa pretensão por tutela individual fundada na urgência diz respeito ao fato de que a multa coercitiva quase nunca se apresenta como uma medida executiva eficaz à tutela da saúde do jurisdicionado. Em outras palavras, pode ocorrer de a multa coercitiva ser aplicada, mas, posteriormente, não se obter a tutela específica quanto ao cumprimento da obrigação principal (prestação de saúde pública), e isso sem falar da necessidade de executar o valor da multa, invertendo-se a relação entre meio e fim.

Na realidade, decidir-se responsabilmente quanto ao cabimento da tutela de urgência já se revela um antecedente complexo. O grau de complexidade aumenta muito mais, quando se deve definir a técnica executiva proporcionalmente adequada, para socorrer o direito em risco. É que, não custa repetir, nem sempre as medidas coercitivas são aptas a tutelar adequadamente o direito, situação que reclama a pronta atuação de medidas sub-rogatórias.

Sustenta-se, neste trabalho, a tese de que, diante dos limites constitucionais da tutela judicial do direito a prestações de saúde pública, um dos critérios determinantes, para o provimento do requerimento da tutela antecipada, é a comprovação mínima da possibilidade de o cidadão sofrer um dano irreversível em seu estado de saúde. Ora, se há um risco imediato de dano irreversível, é inegável que, pelo menos em regra, não se pode aguardar um certo tempo, para se verificar se a medida, por ter causado o efeito psicológico que dela se espera, proporcionou tempestivamente o cumprimento da obrigação. Esse fato também pode ser percebido mesmo na calibragem adequada e proporcional do valor da multa.

As medidas coercitivas, de uma maneira geral, são interessantes, quando se tem certo “tempo” para o cumprimento da ordem judicial, mas, no caso de situações de extrema urgência, ou seja, naquelas situações em que é possível, a qualquer momento, a consolidação

de dano irreversível ao direito do jurisdicionado, as medidas coercitivas não se apresentam como o melhor caminho. O que se quer dizer, em outros termos, é que, se o risco de dano irreversível à saúde do cidadão é iminente, devem-se adotar medidas sub-rogatórias, para prontamente efetivar o direito. Se o caso reclama, por exemplo, o fornecimento imediato de medicação ou a realização de cirurgia, deve-se viabilizar o cumprimento imediato da ordem, e não determinar o cumprimento da medida pelo próprio governo, pois, eventualmente, mesmo sob cominação de medida coercitiva, pode ocorrer o indesejável dano irreversível entre a determinação da ordem e a sua realização.

Dessa forma, o juiz, diante do seu objetivo de tornar a decisão que concede a tutela antecipada efetiva, deve ser diligente quanto à adoção da multa coercitiva, pois não serão raros os casos em que o “sequestro” imediato de verba pública será a técnica executiva mais adequada<sup>1461</sup>. Se uma cirurgia, por exemplo, deve ser realizada em poucos dias, o custeio imediato desse procedimento (atos preparativos, viagem ao local adequado etc.) apresenta-se como a medida mais eficaz, se comparada à situação de ter que aguardar que o agente público providencie a satisfação da obrigação, e isso sem falar que normalmente o sistema impõe-lhe o dever de comunicar o caso à procuradoria jurídica, para fins de impugnação ou até mesmo a procrastinação quanto ao atendimento do comando decisório.

É claro que o juiz deve observar a possibilidade real de a prestação de saúde pleiteada ser realizada pelo Poder Público, pois, se este não puder viabilizá-la, “deverá arcar com o custeio em instituição particular específica”<sup>1462</sup>. Ademais, por força do princípio republicano, o jurisdicionado terá sempre como contraposição da medida executiva o dever de comprovar posteriormente a utilização adequada do gasto público, sob pena de ressarcimento e eventuais outras consequências executivas, a exemplo da negativação do seu nome no mercado.

É certo que, se o caso implicar continuidade na prestação de bem ou serviço de saúde pública, é possível sempre que a execução seja posteriormente negociada, no sentido de atender, concomitantemente, a interesses da tutela imediata do direito à saúde e da governabilidade democrática. Contudo, de imediato, a preocupação deve ser com a proteção da saúde, para não se correr o risco de dano irreversível ou, na via oposta, para proporcionar considerável aumento na qualidade de vida. A tutela jurisdicional, nesse contexto, deve ser sempre tempestiva.

Por tudo isso, aparentemente, a multa coercitiva deve ficar reservada à jurisdição

---

<sup>1461</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 190.

<sup>1462</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 365, set. 2016.

coletivizada, quando, em tese, há um pouco mais de tempo para a adequação da política pública de saúde. Nessa perspectiva, parece que a multa coercitiva é uma técnica processual que, se observados os parâmetros decisórios fixados nesta tese, ficará reservada ao cumprimento das decisões coletivas estruturais, que serão estudadas na última parte desta pesquisa.

Idêntico raciocínio deve ser aplicado à técnica da intervenção judicial de que tratam os arts. 102-111 da Lei nº 12.529/2011, muito aplicada nas medidas estruturantes do direito norte-americano<sup>1463</sup>. Nesse caso, mesmo que se reconheça a excepcionalidade da medida<sup>1464</sup>, observa-se que, além de colocar em risco o sistema federativo, o administrador judicial acabaria deparando-se com os mesmos dilemas administrativos e financeiros enfrentados pelo agente público responsável pela execução da política pública. Na mesma linha de inefetividade, aparecem a intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VI, da CF) e a intervenção estadual nos Municípios (art. 35, IV, da CF). Ademais, o enquadramento do agente político na Lei de Improbidade Administrativa (art. 11, II, da Lei nº 8.429/1992) e, repita-se, a sua prisão não acarretam, de imediato, a tutela jurisdicional pleiteada<sup>1465</sup>.

Deve-se buscar, portanto, a medida que seja compatível com a realidade do direito à saúde, sendo certo que, em situações de urgência, as medidas de execução indireta ficarão para um plano subsidiário.

Importa esclarecer, para finalizar este tópico, que, mesmo diante da técnica antecipatória, a irreversibilidade dos efeitos da decisão não pode atuar como um limite intransponível, pois o juiz, em vez de imprudentemente negar o pedido, atribuindo ao juízo prévio do legislador a responsabilidade da decisão, deve analisar o peso dos valores que estão em jogo, em atenção ao princípio da proporcionalidade. Por intermédio de decisão racionalmente motivada, deve o juiz enfrentar os benefícios e os malefícios da concessão e da negação da medida, ou seja, deve medir o *periculum in mora* comparando-o com o *periculum in mora* reverso. Ademais disso, se constatada a “urgência urgentíssima”, diante dos efeitos negativos decorrentes da denegação sobre o direito da parte, o juiz deve conceder a tutela

---

<sup>1463</sup> Entendendo ser cabível também em órgãos públicos, principalmente nas modalidades de intervenção fiscalizatória e cogestora, Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 357. Por sua vez, citando exemplos, defendendo a utilidade da intervenção judicial para a efetividade de decisões estruturantes, Cf. DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil: execução*. Vol. 5. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 638.

<sup>1464</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 514.

<sup>1465</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 35-38, out. 2012.

*inaudita altera parte*. É possível exigir, antes da medida, a prestação de caução ou de seguro garantia, caso o fator tempo não comprometa a eficácia da medida, mas, por outro lado, não se pode ter como premissa que essa medida de contracautela seja consequência natural da irreversibilidade. Em alguns casos, pode-se dispensar a contracautela, sobretudo quando está em jogo a tutela da dignidade da vida humana<sup>1466</sup>.

Diante do exposto, ratifica-se a conclusão no sentido de que a decisão, nas demandas por prestações de saúde pública, é uma medida excepcional, reservada aos casos que, pelo “fator urgência”, não possibilitam a construção de soluções de consenso. Nos demais casos, deve-se reconhecer a complexidade do litígio, que tem natureza estrutural e policêntrica, e não se deve, em princípio, decidir. Essa busca pelo consenso exige uma nova postura judicial, ou seja, um novo modelo de juiz, com perfil democrático, abrindo o processo para a participação social. Mas, para que essa abertura democrática seja possível, precisa-se ter um comportamento democrático no âmbito interno do processo, ou seja, é preciso que o juiz tenha um comportamento democrático em sua relação com as partes formais e tradicionais do processo. Refletir sobre esse pressuposto é o objeto do capítulo seguinte.

---

<sup>1466</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas”. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 329-332.

## **CAPÍTULO 6: PROCESSO E CULTURA DEMOCRÁTICA: DA RELEVÂNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA NA NOVA DIVISÃO DE TRABALHO COM O JUIZ**

Como visto no capítulo anterior, as decisões condenatórias em demandas por prestações de saúde pública devem reservar-se aos casos de extrema urgência, em que é praticamente impossível a realização de diálogos interinstitucionais, que, diante da natureza complexa, estrutural e policêntrica, devem ocorrer nesses litígios. Nesse caso, a busca por soluções de consenso exige uma ruptura em relação ao burocrático modelo tradicional de juiz, razão pela qual se revela necessário refletir sobre os pressupostos de um modelo democrático que, em tese, seja compatível com a essência desses conflitos.

É correto dizer que, nessa perspectiva, a exigência de novas práticas judiciais que potencializem espaços de democracia participativa e deliberativa pressupõe, atualmente, uma mudança de mentalidade quanto ao comportamento do juiz no processo. É natural, nesse sentido, que um juiz, influenciado pelo princípio do inquisitivo, tenha severa dificuldade de adotar procedimento de ampliação do debate judicial a outros entes de representação social além das partes formais do processo. Ora, como se sabe, por conta do recíproco dever de diálogo e cooperação, o próprio processo bipolar clássico sofreu enorme alteração quanto à divisão de trabalho entre o juiz e as partes, tornando-se, internamente, um ambiente pautado por valores democráticos.

Daí, a importância deste capítulo, pois, para que seja natural para o juiz possibilitar a criação de novos espaços de participação e deliberação no processo, como o incentivo à intervenção de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, inclusive na fase de execução de uma eventual sentença estrutural, revela-se essencial superar a concepção processual de ordem exclusivamente publicista, que faz parte da tradição jurídica brasileira. Essa tarefa, certamente, faz parte do processo de formação do juiz-dialógico, que, como já relatado nesta pesquisa, é o modelo de juiz adequado para lidar com os complexos litígios da contemporaneidade, a exemplo das demandas por prestações de saúde pública fora do planejamento governamental. Trata-se, assim, de um desafio à estrutura vigente, o qual se inicia com o presente capítulo.

### **6.1 CULTURA DEMOCRÁTICA E PROCESSO**

Como dito anteriormente, pretende-se demonstrar, nos itens que se seguem deste subcapítulo, que uma atuação judicial democrática não prescinde da compreensão prévia de

que o Estado Democrático de Direito pressupõe uma mudança cultural em relação à própria democracia. O juiz, nesse sentido, deve compreender que precisa valorizar a participação dos cidadãos nos processos decisórios. Ademais, precisa compreender que a forma como o processo em si encontra-se estruturado reflete, simbolicamente (estrutura invisível de poder), a formação cultural da sociedade, ou seja, o processo judicial, como forma de solução de conflitos, não apresenta impactos valorativos apenas sobre as partes. Daí, verifica-se que se há uma preocupação com o desenvolvimento da democracia, denotando a importância de se refletir sobre a correlação entre processo e cultura.

### 6.1.1 Cultura dialógica e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito

Se é certo que, substancialmente, a democracia é um “sistema de direitos”<sup>1467</sup>, não é menos correto dizer que, sob o prisma procedimental, ela envolve um “governo pela discussão”<sup>1468</sup>. Nesse sentido, é premissa desta pesquisa que a democracia, como um método de solução de questões coletivas, não tem por objetivo a eliminação da divergência nem a produção do consenso, mas a criação de mecanismos capazes de lidar com essas divergências da melhor forma possível, e, para isso, não basta positivar direitos, pois é fundamental criar uma “eticidade democrática” que dissemine o sentimento de participação social na esfera pública, para a democracia ser efetivamente reconhecida como o regime jurídico da liberdade<sup>1469</sup>. Impõe-se, assim, na atualidade, revitalizar padrões de comportamento, para que a democracia seja concebida muito além da mera noção de representatividade institucional<sup>1470</sup>.

<sup>1467</sup> DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001, p. 107.

<sup>1468</sup> SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática revisitada: as questões clássicas*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Vol. 2. São Paulo: Ática, 1994, p. 48-49.

<sup>1469</sup> Axel Honneth propõe um modelo de teoria da justiça, que pressupõe a correlação entre teoria da subjetividade e teoria crítica da sociedade, cujo conceito central apoia-se na ideia de “liberdade social”. A mera positivação de “princípios normativos”, portanto, em contexto puramente formal, é insuficiente para uma organização justa e democrática da sociedade, pois se revela necessário reconhecer ao cidadão outras formas de comunicação social e comunicativa, para proporcionar os espaços de realização da liberdade. Nessa perspectiva, criar-se-ão condições de engajamento na esfera pública. Para se ter uma ideia acerca da “eticidade democrática”, Cf. HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 120-127, 624-625 e 632.

<sup>1470</sup> Não se pode superdimensionar as instituições em detrimento do cidadão. Nesse sentido, Amartya Sen é enfático: “O êxito da democracia não consiste meramente em ter a estrutura institucional mais perfeita que podemos conceber. Ele depende inelutavelmente de nossos padrões de comportamento real e do funcionamento das interações políticas e sociais. Não há nenhuma possibilidade de confiar a matéria às mãos ‘seguras’ do virtuosismo puramente institucional. O funcionamento das instituições democráticas, como o de todas as outras instituições, depende das atividades dos agentes humanos que utilizam as oportunidades para as realizações razoáveis”. Cf. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 388-389.

Nessa perspectiva, independentemente do acerto doutrinário sobre concepções substanciais de democracia<sup>1471</sup> — cuja discussão foge aos limites deste estudo —, o presente tópico tem como premissa o reconhecimento da democracia participativa como algo fundamental para a legitimação das ações estatais, inclusive na seara jurisdicional. Em termos mais precisos, a partir das “abordagens contemporâneas da democracia participativa”<sup>1472</sup>, defende-se que é preciso, sempre que possível, valorizar a participação popular nos debates públicos, criando canais de emancipação cidadã<sup>1473</sup>.

<sup>1471</sup> Por todos, Cf. FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: RT, 2015, p. 45-48.

<sup>1472</sup> De uma maneira geral, as abordagens contemporâneas da democracia participativa enfocam os seguintes aspectos comuns: a) a defesa de um “engajamento cívico”, por meio do qual os cidadãos participam do processo de tomada de decisões políticas no plano nacional e fazem parte do processo de formulação de políticas no plano local; b) a defesa de que tal engajamento se dê por meio de uma “participação direta e ativa” dos cidadãos na tomada de decisões políticas e na administração do espaço social em que se inserem; c) a suposição de que essa participação não seja passível de mediações, ou seja, que se dê “sem intermédio de representantes” eleitos com a finalidade de agir em seu nome; d) a expectativa de que essa participação conduza à “construção de consensos” que possam eventualmente ser “substitutivos à prevalência à regra da maioria”; e) a suposição de que os cidadãos devem agir diretamente em seu próprio nome, fazendo valer seus interesses por meio de “ação coletiva”; f) a compreensão de que tal ação coletiva depende da “coordenação da ação individual” de cada cidadão; g) a compreensão de que a ação individual de cada cidadão envolve a sua “atividade cotidiana”, ou seja, pressupõe a “prática” de alguma atividade a ser exercida coletivamente; h) a suposição de que é no exercício cotidiano de suas atividades que os cidadãos se educarão para a democracia participativa; i) a suposição de que a educação é um componente importante da democracia participativa, devendo ser compreendida como algo que vai além da instrução escolar formal; j) a suposição de que o engajamento cívico e a participação direta e ativa são componentes constitutivos de uma educação para a democracia; k) a suposição de que, por mais que a educação desempenhe um papel importante na democracia participativa, ele não é o de condição ou requisito para a sua realização: a participação política deve estar ao alcance de qualquer “cidadão ordinário”, sendo o “homem comum” o principal sujeito político da democracia participativa; l) a presunção de que a auto-organização e a autodeterminação dos cidadãos são feitas com base na “interação social”; m) a presunção de que tal interação social se dá a partir de graus diferenciados de “elementos comunicativos, discursivos e deliberativos”; n) a suposição de que a interação social depende, em diferentes graus, de uma interação “face a face”; o) a suposição de que tal interação face a face deve ser estabelecida a partir da “associação” dos cidadãos, a ser realizada a partir de diferentes graus de institucionalização; p) a suposição de que tal associativismo deve dar-se por “relações locais e particulares” por meio da agregação dos interesses de grupos de pessoas que se relacionem justamente por causa da similitude de tais interesses; q) a suposição de que o associativismo não deve ter causas essencialmente políticas (por mais que a sua prática leve a uma determinada forma de organização política, a democracia participativa), bastando para tanto a “autogestão dos interesses” daqueles que se associam “em torno de um tema” (associações científicas, culturais, religiosas etc.) ou “de um espaço” (escolas, universidades, fábricas, bairros etc.); r) a suposição de que tal associação deve dar-se em diferentes níveis da vida coletiva, “não se restringido ao domínio político”; s) a reivindicação de que o domínio político “não deve se restringir às instituições formais” do Estado; t) a reivindicação normativa de que aquilo que se chama política “deve transcender o Estado”, envolvendo diferentes “espaços públicos” que facultem a “organização da sociedade civil”; u) a suposição de que tais espaços públicos tenham, muitas vezes e em diferentes graus, “aspectos comunitários”; v) a defesa de um nexos estreito entre os conceitos de “democracia” e “comunidade”; w) a compreensão de que o aspecto comunitário da democracia participativa responde, em alguma medida, pelo compartilhamento de uma “experiência” comum; x) a aposta de que a ênfase nas ideias de práxis, atividade e ação corresponde à ênfase no “caráter empírico” das teorias da democracia participativa. Nesse sentido, Cf. FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 148-150.

<sup>1473</sup> Sobre a importância da efetiva participação do povo nas decisões públicas e sua correlação com um modelo de sociedade justa, Cf. WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 416-417 e 440-441.

Para isso, é necessário romper com dogmas enraizados a partir do racionalismo<sup>1474</sup> e de práticas conservadoras, que foram herdadas colonialmente de uma tradição burocrático-patrimonialista<sup>1475</sup>, para, em seguida, aperfeiçoar determinados institutos processuais. Ademais, não custa insistir, precisa-se criar uma ética que visualize a manifestação de vontade de parcela da sociedade interessada na questão debatida como algo relevante no processo de comunicação hegemônica<sup>1476</sup>, ou seja, uma ética que, propondo-se ao diálogo, não considere apenas o discurso oficial no processo decisório<sup>1477</sup>.

É possível dizer que a democracia tornou-se universalmente popular simplesmente pelo fato de que é o melhor sistema político que a humanidade pode propor<sup>1478</sup>. Se é certo, todavia, que o fascismo, o comunismo e outros regimes totalitários fracassaram, não é incorreto dizer, por outro lado, que ainda prevalece, nas atuais sociedades capitalistas, concepções ortodoxas e liberais de democracia, que são baseadas apenas na clássica ideia de representação<sup>1479</sup>. Como o modelo representativo e as concepções meramente formais ou procedimentais de democracia têm sido frequentemente criticados<sup>1480</sup>, precisa-se, diante da permanente necessidade de aperfeiçoamentos democráticos, criar uma alternativa que possibilite ampliar as condições gerais de legitimidade no exercício do poder<sup>1481</sup>.

<sup>1474</sup> Sobre a recepção do direito racionalista em Portugal e no Brasil, Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 358-363.

<sup>1475</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 7. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 111 e 152.

<sup>1476</sup> DUSSEL, Enrique. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995, p. 43-78.

<sup>1477</sup> Essas ideias, certamente, convergem para a tese de que o estímulo à participação de *amicus curiae* e à realização de audiências públicas é fundamental para a busca de uma solução adequada, possivelmente consensual, para as demandas judiciais envolvendo políticas de saúde pública. Nesse sentido, Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Fundamentos do processo estrutural”. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização de Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende e Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 14-15.

<sup>1478</sup> DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 495-498.

<sup>1479</sup> BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 68-71. Joseph Schumpeter, por exemplo, em seu livro clássico sobre o tema, afirma que “o método democrático é o sistema institucional para chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo”. Em seu resumo, “democracia significa tão somente que o povo tem a oportunidade de aceitar ou rejeitar os homens que hão de governá-lo”. Cf. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2017, p. 366 e 386.

<sup>1480</sup> Acerca da correlação entre democracia, sistema capitalista e relações sociais de dominação, Cf. MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 84-90. Observe-se que, nas concepções clássicas de democracia, quem de fato governa — tomando decisões últimas que serão impostas aos demais membros da coletividade — é um pequeno grupo, uma “elite” burocrática. Cf. BOBBIO, Norberto. *Qual democracia?* Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2014, p. 23.

<sup>1481</sup> Conforme preleciona José Luiz Quadros de Magalhães, a democracia representativa moderna e suas instituições, seus processos e suas normas servem como elemento de padronização e legitimação de decisões previamente tomadas por aqueles que efetivamente detêm o poder. Nesse sentido, as instituições modernas são uma máquina processadora de “legitimidades falsas”, que permitem que as pessoas aceitem condições, decisões

Observe-se que as teorias democráticas variam de acordo como o povo é compreendido na esfera pública e social. É que a democracia é um conceito interpretativo<sup>1482</sup>. Para fins desta pesquisa, revela-se fundamental ter como premissa, todavia, que uma democracia legítima pressupõe uma cidadania completa<sup>1483</sup>, ou seja, não apenas o exercício das liberdades civis, mas também dos demais direitos humanos<sup>1484</sup>. Mais, a democracia constitucional exige senso de responsabilidade e consideração perante o próximo<sup>1485</sup>, inclusive na relação Estado-cidadão<sup>1486</sup>, mediante a incidência do “princípio da reciprocidade”<sup>1487</sup>. Não há democracia legítima, em outras palavras, em um ambiente de exclusão social. Desvela-se fundamental, desse modo, incorporar ao modelo estatal ideias de “democracia substancial”<sup>1488</sup> e “democracia econômica”<sup>1489</sup>. Mas, não é só. Em um legítimo

e padrões de vida que não aceitariam, caso não existissem estas instituições processadoras de “falsas legitimidades”. Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. “A alienação da política nas democracias constitucionais modernas e as alternativas democráticas consensuais na América Latina”. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Eduardo Manuel Val e Enzo Bello organizadores. Caxias do Sul: Educs, 2014, p. 103-118.

<sup>1482</sup> DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 390.

<sup>1483</sup> Para a formação de uma sociedade genuinamente democrática, impõe-se adotar uma teoria tridimensional da justiça, incorporando, com base na lição de Nancy Fraser, a dimensão política da “representação” ao lado da dimensão econômica da “distribuição” e da dimensão cultural do “reconhecimento”, evitando, desse modo, má distribuição de riquezas e falso reconhecimento de categorias que se posicionam socialmente em situação de maior vulnerabilidade. Cf. FRASER, Nancy. “Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado”. *Revista Lua Nova*, n. 77, 2009, p. 17-21.

<sup>1484</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 25.

<sup>1485</sup> Conforme preleciona Axel Honneth, não bastam igualdade deliberativa e justiça das necessidades, para se construir um modelo ideal de sociedade plural democrática, pois, no intercâmbio social, o cidadão deve ser valorizado também em suas habilidades, de modo que os indivíduos se reconheçam reciprocamente como iguais e livres. Cf. HONNETH, Axel. “A textura da justiça: sobre os limites do proceduralismo contemporâneo”. *Civitas*, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 364-366, set./dez. 2009.

<sup>1486</sup> Em vez da tradicional visão majoritária da democracia, Dworkin defende uma concepção de “democracia em parceria”, em que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”. Nessa perspectiva, “uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a essa pessoa uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação à mesma decisão”. Logo, “a participação moral acarreta uma reciprocidade: um indivíduo não pode ser um membro a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências da mesma decisão para a vida de todas as outras pessoas. Assim, a concepção comunitária de democracia explica uma intuição que muitos têm: a ideia de que uma sociedade em que a maioria despreza as necessidades e perspectivas de uma minoria é não só injusta como ilegítima”. Dworkin, desse modo, em vez de um modelo meramente processual, prefere uma concepção de democracia que ligue esse regime de governo às condições substanciais de legitimidade. Cf. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 25, 37-38 e 38-39.

<sup>1487</sup> RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 47.

<sup>1488</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010, p. 797.

<sup>1489</sup> Explica Calixto Salomão Filho: “O que se quer dizer, em suma, é que, do mesmo modo que processos políticos têm como valores básicos aqueles que permitam conhecer a vontade dos eleitores, os processos

Estado Democrático de Direito, um dos direitos humanos mais básicos é o direito à democracia, pois, além de condicionar a materialização dos outros direitos, coloca o povo como “sujeito ativo” do governo, de modo que devem ser afastadas configurações que assegurem apenas uma participação formal nos assuntos de interesse público<sup>1490</sup>. Como não há incompatibilidade entre os modelos deliberativo e participativo<sup>1491</sup>, que devem se complementar no desenvolvimento da cidadania, a “democracia viva” pressupõe o espaço público, o espaço do povo<sup>1492</sup>.

Nesse sentido, como a busca por novas e melhores possibilidades é uma exigência ética da própria democracia crítica<sup>1493</sup>, propõe-se, com base em Anthony Giddens<sup>1494</sup>, uma espécie de “democracia dialógica”, que se preocupa, de um lado, com o cosmopolitismo cultural e o valor da fraternidade, e, de outro, com a democratização da democracia dentro da esfera liberal<sup>1495</sup>. Nesse caso, superando uma ética meramente procedimental<sup>1496</sup>, preocupa-se com a ampliação dos canais de deliberação na arena política ou na esfera pública, ou seja, com a difusão da reflexividade social por intermédio de novos arranjos deliberativos<sup>1497</sup>, sem se preocupar, certamente, com a obtenção de consenso<sup>1498</sup>. A democracia dialógica, nesse contexto, opõe-se a fundamentalismos, pois pressupõe apenas que o diálogo em um espaço público fornece um modo de viver com o outro em relação de tolerância mútua<sup>1499</sup>.

---

econômicos devem ter como valores básicos o conhecimento das preferências econômicas dos agentes. Ocorre que para tanto é necessário introduzir no sistema duas outras características (instituições e valores) básicas. É preciso, em primeiro lugar, que todos sejam capazes de exprimir suas preferências econômicas. É necessário, portanto, eliminar a exclusão do processo econômico. Em segundo lugar, é preciso que existam meios de transmissão dessas preferências. É necessário, então, que se eliminem valores ou instituições que impedem que isso ocorra”. SALOMÃO FILHO, Calixto. “Regulação, desenvolvimento e meio ambiente”. *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. Calixto Salomão Filho organizador. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19.

<sup>1490</sup> BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 183.

<sup>1491</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças”. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro – RJ, v. 08, n. 4, p. 1750, 2016.

<sup>1492</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 67, 91, 100, 103 e 112.

<sup>1493</sup> Nesse sentido, Cf. ZAGREBELKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

<sup>1494</sup> GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. Tradução de Alvaro Hattner. São Paulo: Unesp, 1996, p. 121-152.

<sup>1495</sup> No mesmo sentido, Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. “Para ampliar o cânone democrático”. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Boaventura de Sousa Santos organizador. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

<sup>1496</sup> CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. Tradução de Marcos Macionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 223.

<sup>1497</sup> AVRITZER, Leonardo. “Teoria democrática e deliberação pública”. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 50, p. 43-44, 2000.

<sup>1498</sup> CORTINA, Adela. *Ética mínima: introdução à filosofia prática*. Tradução de Marcos Macionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 131-132.

<sup>1499</sup> No plano internacional, alerta Ulrich Beck que uma das causas do esfacelamento da Europa é o fato de que, por lá, não há uma democracia vertical ascendente, ou seja, construída de baixo para cima, em que os cidadãos reconheçam-se como partícipes de um projeto comum ou de um pacto social cosmopolita. Cf. BECK, Ulrich. *A*

A partir dessa premissa, defende-se, nesta tese, a necessidade de se formar, no Brasil, uma “cultura democrática”<sup>1500</sup>, com reflexos em todas as instituições, privadas ou públicas, inclusive como forma de qualificar a legitimidade das soluções tomadas em processos judiciais envolvendo políticas públicas de saúde. Principalmente em causas complexas, em outros termos, precisa-se convocar, além das instituições interessadas, o povo para a deliberação pública<sup>1501</sup>, tornando-o corresponsável no processo decisório<sup>1502</sup>, que certamente terá maiores ares de legitimidade<sup>1503</sup>. Ora, Direito legítimo é aquele em que os cidadãos não são apenas os destinatários das normas jurídicas, mas também possam enxergar-se como os seus coautores. Na democracia, dessa forma, o povo é o principal ator da política democrática, e o acontecimento da democracia termina sendo a constituição e a reconstituição performativa do povo. É essa a batalha cultural da democracia moderna<sup>1504</sup>.

É inegável que essa configuração política não ocorre instantaneamente, pois o Brasil conduz forte carga histórica de uma cultura coronelística<sup>1505</sup> e autoritária<sup>1506</sup>, em que o poder

*Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder.* Tradução de Kristina Michahelles. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2015, p. 112-118. Nessa perspectiva, deve-se procurar realizar aquilo que Alan Touraine chama de “democracia de qualidade”, no sentido de que “não há democracia sem reconhecimento da diversidade entre as culturas e das relações de dominação que existem entre elas”. Nesse sentido, Cf. TOURAINE, Alain. *Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?* Tradução de Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Piaget, 1997, p. 262.

<sup>1500</sup> Observe-se que o conceito de cultura pressupõe a ideia de “identificação comunitária”, e a cultura democrática, nesse sentido, significa a democracia como a cultura de um povo, ou seja, o sentimento de que os processos participativos caracterizam a sua organização e sobrevivência cotidianas. Nesse sentido, Cf. DEMO, Pedro. *Participação é conquista: noções de política social*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 78-79.

<sup>1501</sup> Nas democracias modernas, o povo deve ser “ator da política”, participando, quando possível, das deliberações públicas, pois, se, de um lado, a democracia direta não esgota os modelos procedimentais dotados de legitimidade, de outro, impõe-se perceber que nem os poderes públicos nem os representantes profissionais do Estado exercem um monopólio sobre a esfera política. Nesse sentido, Cf. HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 131 e 225.

<sup>1502</sup> Observe-se, com base na lição de Robert Dahl, que a responsividade de todos os cidadãos qualifica-se como uma das características ideais da democracia. Nessa perspectiva, o cidadão deve ter plena oportunidade “de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva” como também “de ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo, ou seja, consideradas sem discriminação decorrente do conteúdo ou da fonte da preferência”. Cf. DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Edusp, 2015, p. 26.

<sup>1503</sup> Interessante exemplo de democracia participativa na esfera do governo são os Conselhos de Políticas Públicas, que, como instrumentos de defesa de direitos, são componentes do processo de descentralização político-administrativa, no que se refere a sua organização e gestão, uma vez que se constituem em espaços de compartilhamento de responsabilidades entre as estruturas governamentais em seus três níveis – nacional, estadual, municipal – e a sociedade civil organizada. Nessa perspectiva, destaca-se a ideia da participação social como um elemento central no processo de democratização, mostrando que estes Conselhos podem se configurar como espaços propícios de constituição de práticas democráticas. Cf. STEDILE, Nilva Lúcia Rech; FERRI, Caroline; OLIVEIRA, Mara de. “Conselhos de políticas públicas: espaços legítimos de participação social na defesa das políticas públicas”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – RFMD*, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 61-90, out./abr. 2017.

<sup>1504</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

<sup>1505</sup> Sobre a estrutura e o processo de coronelismo brasileiro, Cf. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. 3ª Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 43-74.

constituente do povo nunca conseguiu vencer o patrimonialismo<sup>1507</sup> e o aparelhamento do poder<sup>1508</sup>. Pelo menos em regra, pode-se dizer que as lutas, ou mudanças, sempre foram executadas por uma elite e em benefício dela<sup>1509</sup>. Ademais, as heranças históricas brasileiras demonstram que a ideia de participação nunca passou de um ambiente de abstração que a deixasse dissociada da realidade<sup>1510</sup>.

Sendo assim, precisa-se urgentemente superar o sentimento — que diz respeito à formação do povo brasileiro — de que os direitos de cidadania são uma concessão facultativa do governante<sup>1511</sup>. A tradição brasileira, nesse sentido, também por conta dos valores dominantes no processo de colonização<sup>1512</sup>, demonstra que as ações aparentemente reformadoras têm sido impostas de cima para baixo pelos grupos dominantes<sup>1513</sup>. O ideal é que as lutas por direitos — como a melhoria na prestação de serviços de saúde pública — surjam no âmago da própria sociedade, todavia, enquanto esse sentimento de coesão social não aflora ou amadurece, nada impede que o próprio Estado o estimule.

Nessa perspectiva, é certo que a ética estatal deve ser diversa da que predomina atualmente. A partir dos princípios republicano e democrático, o Estado não pode ser concebido um mero gestor de negócios<sup>1514</sup>, ou seja, não deve ser apenas um agente mantenedor do *status quo* das relações socioeconômicas, que privilegiam elites minoritárias<sup>1515</sup>. Pelo contrário, ao Estado, inclusive no exercício da função jurisdicional,

<sup>1506</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 23 e 191-193.

<sup>1507</sup> Acerca da aversão natural do tradicional patrimonialismo brasileiro em relação aos valores republicanos e democráticos que decorrem de um adequado sistema de precedentes, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014, p. 76-90 e 101-102.

<sup>1508</sup> Acerca do “patrimonialismo”, o “estamento burocrático” e a “farsa da soberania popular” como características da formação do povo brasileiro, Cf. FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 107-114 e 819-838.

<sup>1509</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 192.

<sup>1510</sup> Segundo Antonio Carlos Wolkmer, as instâncias de Direito Público, na tradição constitucional brasileira, marcada pelo ajuste entre o patrimonialismo autoritário e o liberalismo conservador, jamais foram resultantes de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, pois, por aqui, as Constituições, repletas de abstrações racionais, tiveram o condão de abafar as manifestações coletivas, mas, em contrapartida, não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade. Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 7. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 121 e 124.

<sup>1511</sup> Acerca do processo histórico de “conquista de direitos” no Brasil, Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

<sup>1512</sup> PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 29.

<sup>1513</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 192.

<sup>1514</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 615 e 634-635.

<sup>1515</sup> Roberto Romano enfatiza que, “desprovido de soberania popular, o Estado regride ao absolutismo”. É que, de certo modo, tem-se visto atualmente, diante das reformas neoliberais, que quase sempre prescindem de efetiva participação popular nas decisões pertinentes. “Agora o poder absoluto se aninha nos escritórios de ordem financeira, numa ditadura anônima que, à semelhança do absolutismo, não presta contas a ninguém”. Cf. ROMANO, Roberto. *Razão de estado e outros estados da razão*. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 14.

além de garantir direitos como condição de legitimidade<sup>1516</sup>, deve-se atribuir a tarefa de dar um choque de democracia em seu povo<sup>1517</sup>, valorizando-o cada vez mais nos processos de participação decisória, para, a partir da concretização de uma virtude cívica republicana<sup>1518</sup>, impulsionar a evolução da cultura democrática<sup>1519</sup>.

Observe-se, nesse contexto, que o mero “toque de juridicidade” sobre determinadas condutas tem um papel limitado nessa finalidade, mas também é certo que a força corretiva do Direito, simbolicamente, pode contribuir consideravelmente para a formação desse democrático “sentimento de participação”<sup>1520</sup>, possibilitando a transformação social<sup>1521</sup>. Por outro lado, também se impõe perceber que “a democracia deliberativa consiste não apenas em um modelo de exercício do poder político, mas em um modo de organização da sociedade com base em mecanismos deliberativos”<sup>1522</sup>. Sendo assim, é na vigilância da efetividade das normas vigentes e no estímulo à ampliação de espaços de cidadania processual que, como se verá, consolida-se um ambiente de cultura democrática.

Deve-se compreender, de saída, que o Estado Democrático de Direito, base do atual sistema jurídico brasileiro, não pode ser fundamento de mera proclamação retórica, dissonante da realidade e do sentimento social. Importa ressaltar, nesse contexto investigativo, que a questão cultural é extremamente relevante para a obtenção de uma resposta correta, que corresponda aos textos normativos votados democraticamente. É certo, por um lado, que a legislação, a exemplo do novo Código de Processo Civil (CPC/2015), por si, não altera a simbologia das instituições e das categorias jurídicas, ou seja, os textos normativos podem ser a representação de institutos democráticos, mas a prática resultante da aplicação desses mesmos textos, ideologicamente autoritária. Por outro lado, é certo também que a legislação

<sup>1516</sup> DAHL, Robert. A. *A constituição norte-americana é democrática?* Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV, 2015, p. 138-139.

<sup>1517</sup> Em sentido similar, Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 225.

<sup>1518</sup> AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-14 e 72-73. Conforme prelecionam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, “o republicanismo enfatiza a importância do direito à participação popular na vida pública”, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 218.

<sup>1519</sup> Em uma perspectiva crítica, a democracia pretende tirar o povo da passividade e também da mera reatividade, tornando-o sujeito de projetos políticos elaborados por si mesmo, e não objeto ou instrumento da política. Nesse sentido, Cf. ZAGREBELKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143.

<sup>1520</sup> Para Mauro Cappelletti, “não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’”. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 100.

<sup>1521</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 296-297.

<sup>1522</sup> LEITE, Roberto Basillone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, p. 75.

pode dar início a essa virada axiológica, no sentido de que os textos normativos correspondam a um modelo de práticas marcadas por valores democráticos<sup>1523</sup>.

É esse entendimento que se trabalha nesta pesquisa, porque, inegavelmente, o CPC/2015 pretende, no plano normativo, mudar a concepção social e valorativa da correlação entre jurisdição, processo e ideologia<sup>1524</sup>, e o enraizamento dessas ideias depende de sua publicidade, para fomentar a reflexão e o diálogo em direção a um horizonte de maior legitimidade institucional.

Antes da análise dessas novas regras processuais, porém, impõe-se refletir sobre a temática à luz de sua evolução histórica em outros ordenamentos jurídicos. Ainda que resumidamente, pretende-se demonstrar que a ideia de devido processo legal e a própria concepção democrática de processo apresentam variação geográfico-temporal. Em outros termos, será analisado que, em países democráticos, há uma diferenciação quanto à formação do procedimento e a configuração de diversos institutos processuais, para, em seguida, fixar-se a tese de que a forma como se estruturam o processo e a relação entre os seus sujeitos é indispensável para a formação de uma cultura democrática. É o objeto de análise do tópico seguinte.

### **6.1.2 Influência simbólica dos métodos de solução de conflitos sobre o aperfeiçoamento da cultura democrática**

Resolver democraticamente litígios complexos reclama uma mudança cultural, que refletirá sobre a própria sociedade e vice-versa. Nessa perspectiva, formar um juiz democrático não é uma operação matemática simples, que decorre da mera alteração da lei ou da jurisprudência, mas sim um processo permanente de compreensão de que há um conjunto de valores que decorrem da sociedade e da sua correlação com a organização do Estado, inclusive quanto à disciplina e importância conferida aos modos de solução de conflitos. É sobre essa temática que se pretende refletir neste momento.

---

<sup>1523</sup> Conforme elucida Tzvetan Todorov, em um projeto de sociedade ideal, não basta afirmar a democracia, pois o essencial é que as ações políticas, na prática, ilustrem uma promoção de valores democráticos, com liberdade, mas com acesso aos bens materiais mínimos, para garantir a inclusão social, em um cenário de tolerância, reconhecimento e respeito ao próximo, solidariedade, humanismo e de sentimento de integração e de efetiva participação no exercício do poder. Cf. TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos da democracia*. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 15-20 e 189-205

<sup>1524</sup> Acerca desse vínculo entre “jurisdição, processo e ideologia”, Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.  
PASSOS, José Joaquin Calmon de. “Democracia, participação e processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 83 e 87.

De logo, impõe-se perceber que a “cultura jurídica”, como história intelectual de um povo, representa os compromissos históricos e atitudes profundamente enraizados sobre a natureza do Direito e sobre a estrutura e função de um sistema jurídico que predomina em dada sociedade<sup>1525</sup>. Nessa perspectiva, essas compreensões são bastante poderosas, pois limitam e dirigem as construções jurídicas, com reflexos sobre a própria estrutura e o funcionamento do sistema jurídico<sup>1526</sup>.

Sendo assim, é preciso ter a consciência de onde e de que momento se fala, para se construir um método normativo adequado à solução de casos complexos — como o que se enfrenta nesta pesquisa —, pois, desconectado do contexto cultural, o método corre o risco de abstracionismo pernicioso, que coloca o Direito em posição incompatível com a realidade. Logo, se a solução democrática das demandas judiciais de saúde pública é uma das preocupações centrais deste estudo, não se pode perder de vista que a importância dos valores democráticos em um processo judicial transcende a sua própria estrutura funcional, não se limitando, com efeito, ao seu âmbito endoprocessual.

É que a solução de um conflito, por intermédio de práticas verdadeiramente democráticas, tem o condão de irradiar “reflexos simbólicos”<sup>1527</sup> sobre toda a sociedade e, nessa perspectiva, deve ser um objetivo a ser alcançado, pois há uma correlação de reciprocidade nessas mensagens ideológicas. Assim, se o processo gera uma “atmosfera democrática”, a sociedade tende a expandir esses valores democráticos, que tendem a retornar, ciclicamente, ao processo. Afinal, conforme elucida Oscar Chase<sup>1528</sup>, há uma correlação entre os métodos de solução de conflitos e a cultura de um povo, e, nesse vínculo de reciprocidade, as instituições responsáveis pela resolução dos conflitos sociais representam, a um só tempo, um produto e um aspecto da cultura local, modificando as opções e expectativas daqueles que vivem sob suas égides<sup>1529</sup>.

---

<sup>1525</sup> Como sabe, nas culturas orientais, há forte influência da religião sobre o papel do Estado e a organização da sociedade. Nesse sentido, ilustrativamente, Cf. MUZAFFAR, Chandra. “Islã e direitos humanos”. César Augusto Baldi organizador. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 309-322.

<sup>1526</sup> MERRYMAN, John Henry. “Sobre a convergência (e divergência) entre *civil law* e *common law*”. Tradução de Angela Araujo da Silveira Espíndola. *Tratado de Direito Constitucional: Constituição no século XXI*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 2. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014, p. 149.

<sup>1527</sup> Acerca das relações existentes entre as formas simbólicas e o Direito, Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 5-54.

<sup>1528</sup> CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005, p. 2 e 7.

<sup>1529</sup> Sobre o simbolismo da “imagem da justiça” e a “figura tradicional do juiz” nos EUA, Cf. RESNIK, Judith. “Managerial judges”. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 382-383 e 446-448, 1982.

Por isso, na perspectiva de que a cultura de uma nação também é composta por símbolos e representações<sup>1530</sup>, as práticas jurídicas em geral, por também reclamarem interpretação, representam um “valor simbólico”<sup>1531</sup> que não pode ser desprezado<sup>1532</sup>. Há, por exemplo, apropriação social da relação estabelecida entre as práticas discursivas e os poderes que as permeiam<sup>1533</sup>, o que demonstra que o discurso tem um poder performativo. Com efeito, a simbologia jurídica apresenta-se como uma “forma de conhecimento”<sup>1534</sup> que não pode passar despercebida, especialmente em um estudo que envolve o exercício do poder jurisdicional, pois, em sua relação com a Arte, o Direito se apresenta também por meio de símbolos e atividades simbólicas, que podem exercer influência sobre a formação de uma cultura, democrática ou não<sup>1535</sup>.

Parte-se da premissa, nesse sentido, de que existem dimensões irrefletidas e não

---

<sup>1530</sup> HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 51.

<sup>1531</sup> Sobre a importância dos símbolos na formação de normas sociais (comportamentais) e a sua complexa correlação com as normas jurídicas, Cf. POSNER, Eric. “Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito”. Tradução de José Rodrigo Rodrigues. *Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 231-268, jan./jun. 2008.

<sup>1532</sup> É interessante logo observar que há simbologia também no exercício do poder. Pierre Bourdieu, por exemplo, preleciona que há um poder simbólico nas sociedades contemporâneas, caracterizado pela invisibilidade, e que somente pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que a ele estão sujeitos. Nesse sentido, os modelos simbólicos exercem um poder estruturante na formação de concepções de mundo, mas tem a função política de legitimar um processo de dominação que não é percebido pelos dominados. Como se percebe, na correta visão deste autor, o poder simbólico traduz-se em um “poder de construção da realidade”, mediante uma operação em que a linguagem e seu poder performativo se revelam mais eficazes que o uso da força explícita. Cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 7-15. Em sentido similar, defendendo que existem aparelhos ideológicos de Estado, não repressivos, que funcionam para legitimar relações de dominação, sem violência e com o consentimento dos oprimidos, Cf. ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado*. Tradução de Valter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985, p. 109-128.

<sup>1533</sup> FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 10 e 43.

<sup>1534</sup> GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Tradução de Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 42-43.

<sup>1535</sup> Neste tópico de estudo, é fundamental perceber, com base na lição de Marcílio Toscano Franca Filho, que a Arte e a Estética têm sempre muito a dizer ao Direito, mesmo não se valendo de textos escritos. As formas jurídicas (símbolos, gestos, cores, metáforas, rituais, liturgias, pinceladas ou traços), portanto, estão além das palavras e, dessa maneira, formam a cultura jurídica de uma nação. As imagens, por exemplo, dão forma visual a poderes, saberes e argumentos “invisíveis”, tornando presente aquilo que muitas vezes está ausente, notadamente naqueles períodos históricos em que a difusão das ideias estava longe de ser feita pela palavra impressa. A imagem da “justiça” ilustra bem o que se deseja dizer. Iconograficamente, desde a tradição clássica, passando por toda a Idade Média até chegar ao Renascimento, a imagem da justiça sempre esteve associada a uma vista clara, aguçada e desimpedida, a inspirar reverência e receio. Uma visão límpida era, então, o grande atributo da justiça. Representar a justiça de uma outra maneira só seria pensável para satirizá-la ou criticá-la. Observe-se que a imagem de uma justiça vendada somente apareceu por volta de 1531. Nessa nova perspectiva, a venda representa um sinal positivo de independência, incorruptibilidade, distância crítica, proporcionalidade, moderação e imparcialidade da justiça diante das partes. Essa nova imagem representou, igualmente, uma nova ordem pública europeia, cuja jurisdição é laica, implacável e imune a compromissos pessoais. Essa imagem, todavia, não significava que a justiça passasse a ser cega. Com ou sem a venda, é certo que a cegueira nunca foi atributo da imagem da justiça. Cf. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito*. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 17, 22, 24-25, 36, 40 e 42-43.

funcionais no saber jurídico<sup>1536</sup>, as quais estão vinculadas aos aspectos meramente simbólicos do Direito<sup>1537</sup>. Cumpre observar que esses valores ou ideias dominantes terminam por influenciar a formação de um modelo interpretativo do Direito, o qual condiciona como as necessidades políticas e sociais são consideradas importantes ou mesmo entendidas como problemas<sup>1538</sup>. Assim, se é certo afirmar que toda prática envolve uma forma de atividade cognitiva, o inverso também ocorre, pois o saber encarna o valor de uso dos significados culturais, convergindo os processos simbólicos que determinam (ou não) as ações transformadoras da sociedade e da própria história<sup>1539</sup>.

Este estudo, por conta dessas premissas, preocupa-se com as mensagens ideológicas que, de ordem não racional, são representadas pela forma como se resolvem os conflitos sociais<sup>1540</sup>. No processo judicial, por exemplo, se o Estado e a sociedade têm feição autoritária, o juiz tende a ter postura inquisitiva. Em contrapartida, se caminham para o cooperativismo, é possível que as soluções de conflitos sejam direcionadas ao diálogo.

Como o “símbolo” utiliza-se do “mito”<sup>1541</sup> e da “ritualística”, se há um reforço do mito de que somente o juiz sabe o que é melhor para a sociedade, decidindo acerca da questão controvertida, é lógico que os atores sociais informais e os cidadãos terão seu poder reduzido na esfera das discussões públicas, por intermédio de procedimentos que tornem previsíveis e consolidem essa constatação<sup>1542</sup>. O Estado, nesse sentido, deve ser estruturado de forma que represente uma “irradiação de valores democráticos” para toda a sociedade, e essa perspectiva, certamente, interfere sobre a organização do processo judicial e do destaque

<sup>1536</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 568.

<sup>1537</sup> Nessa perspectiva, determinadas normas jurídicas não têm qualquer eficácia regulamentadora, mas, em contrapartida, simbolicamente, constituem afirmação de valores ou instrumentos de modelação no imaginário social, possuindo, assim, um significado político-ideológico em detrimento do seu sentido normativo aparente. Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 29 e 33.

<sup>1538</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 177.

<sup>1539</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 279-280.

<sup>1540</sup> Fredie Didier e Hermes Zaneti entendem que há um simbolismo negativo, por ferir a isonomia, a prerrogativa funcional do Ministério Público, prevista no art. 41, XI, da Lei nº 8.625/1993, no sentido de ter direito de “assento à direita do órgão jurisdicional”. Defendem que, quando o Ministério Público figura como parte, permitir que “tenha assento em local distinto do da parte adversa é criar uma *segregação topográfica* na audiência, com forte carga simbólica, que não se fundamenta em nenhum outro direito fundamental”. Cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 379.

<sup>1541</sup> O mito é uma narrativa, um discurso ou uma fala. Nesse sentido, Cf. ROCHA, Everardo. *O que é mito?* São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 7. Sobre as funções do “mito” (mística, cosmológica e sociológica), Cf. CAMPBELL, Joseph. *O poder do mito*. Tradução de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Palas Athena, 1990, p. 32.

<sup>1542</sup> Acerca da correlação entre “símbolo”, “mito” e “rito”, Cf. SPENGLER, Fabiana Marion. “O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as dificuldades epidêmicas do decidir”. *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-139.

atribuído às formas alternativas à jurisdição estatal de solução de conflitos<sup>1543</sup>, a exemplo da arbitragem<sup>1544</sup>.

É interessante observar, todavia, que, mesmo em países democráticos, as concepções

<sup>1543</sup> Um dos autores que se preocuparam com essa questão foi Mirjan Damaska. Em seu estudo, sustenta que é preciso superar a visão de direito processual comparado de que a *Common Law* representaria um sistema “adversarial” e o *Civil Law* outro de feição “inquisitiva”. Esse tipo de classificação, como se sabe, não reflete uma realidade imutável, pois a cultura sempre se apresenta em constante alteração e aperfeiçoamento. Em outros termos, em um determinado país, revela-se perfeitamente possível encontrar-se diante de um modelo híbrido, servindo os modelos puros muito mais para fins acadêmicos e de pesquisa do que propriamente para refletir a realidade dos sistemas processuais. Nesse contexto, Mirjan Damaska oferece uma alternativa à tão criticada categorização dos sistemas processuais em adversarial/inquisitorial. Não encontrando na variante socioeconômica justificativa para a divisão, constrói sua divisão em dois eixos: o modelo de justiça e os tipos de estruturas estatais. É a junção entre os dois elementos centrais, que são fatores da esfera política, que forma um quadro capaz de acarretar variações nas modernas formas de justiça. Em suma, na visão de Mirjan Damaska, o debate de ser realocado, atualmente, a partir de duas dimensões: a) quanto à “estrutura de governo”, ou seja, sua característica de autoridade; b) quanto ao “funcionamento legítimo do governo”, ou, de forma mais específica, quando à finalidade a ser atingida pela administração da justiça. O processo de um país, nessa perspectiva, refletirá suas atitudes fundamentais sobre o governo, em uma dinâmica observável, embora imperfeitamente, no mundo empírico. Demais disso, impõe-se observar que o alicerce cultural das instituições modernas de solução de conflitos é muito profundo, de sorte que o que parece “normal” para um sistema pode soar “grotesco” para outro. Para descrever a característica da autoridade procedimental, Mirjan Damaska distingue o ideal “hierárquico” do ideal “coordenado”. A estrutura da autoridade, hierárquica ou coordenada, informa o processo por ela utilizado. O ideal hierárquico corresponde essencialmente ao conceito de burocracia clássica, que marca, em geral, o modelo de justiça continental. É caracterizado por um corpo profissional de oficiais, organizado em uma hierarquia que toma decisões com base em parâmetros técnicos. Este ideal acolhe um sentido forte de ordem e um desejo de uniformidade por intermédio do uso de especialistas ou de profissionais motivados por uma ética de cooperação reforçada por supervisão superior e por uma forma de vinculação a regras. A iniciativa procedimental privada, nesse contexto, é praticamente inexistente. Por outro lado, o ideal coordenado é definido por um corpo de julgadores não profissionais, organizados em um único nível de autoridade que toma decisões pela aplicação de indiferenciados critérios. A máquina da justiça é amorfa. A autoridade é outorgada a oficiais leigos formalmente iguais, amadores, que podem ser auxiliados por profissionais, mas cujo processo decisório sofrerá falta de consistência. A responsabilidade pela colheita da prova e por outros atos preparatórios não é outorgada a oficiais, mas às partes e aos seus representantes. Essa sistemática é própria do sistema norte-americano, marcada pelos valores do populismo, do individualismo e do igualitarismo. Quais são os tipos de estrutura estatal e quais são os fins do processo legal segundo cada um desses tipos de estrutura estatal? A estrutura estatal configura o segundo eixo de Mirjan Damaska, que a divide em Estado (governo) “reativo” vs. “ativista”. Observe-se que, a partir dessa visão, os arranjos procedimentais seguem ideias sobre as funções do governo e expressam princípios fundamentais de uma doutrina política. Governo ativista é aquele que, a partir de um modelo particular de vida boa, esforça-se para atingi-lo, para implementar os valores substantivos que lhe são inerentes por vários veículos, incluindo o processo judicial. O processo jurídico de um Estado realmente ativista é um processo organizado em torno da ideia da investigação oficial e é orientado à implementação de políticas estatais. Já o governo reativo não defende visão substantiva específica. Procura-se desenvolver uma moldura dentro da qual caberia aos cidadãos a busca por seus próprios objetivos. Neste quadro, papel do Poder Judiciário seria a de um ente neutro para a resolução de disputas privadas, deferente à autonomia da parte. Portanto, se, na visão de um governo ativista, o processo deve ser organizado na perspectiva de implementar determinada política, na de um governo reativo, a visão do processo encontra-se baseada meramente em um meio de resolução individual do conflito. Cf. DAMASKA, Mirjan R. *The faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 5-26, 57-88 e 240-241; DAMASKA, Mirjan R. “I due tipi di stato e gli scopi del processo”. Traduzione di Andrea Giussani. *I metodi della giustizia civile*. A cura di Mario Bessone, Elisabetta Silvestri e Michelle Taruffo. Padova, Cedam, 2000, p. 217-265. Para um resumo dessas ideias de Mirjan Damaska, na doutrina norte-americana, Cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005, p. 66-69.

<sup>1544</sup> REIS, Sérgio Cabral dos. “Breves anotações sobre os aspectos processuais da arbitragem individual pós-reforma trabalhista” *Direito do trabalho, direito penal do trabalho, direito processual do trabalho e a reforma trabalhista*. Edição comemorativa dos 10 anos do Ipeatra. Marcelo José Ferlin D’ambroso coordenador. São Paulo: LTr, 2017, p. 196-209.

de processo são variáveis, por conta da tradição, de fatos históricos e da cultura. É interessante perceber também que o diálogo intercultural é indispensável para compreender a situação de momento e os caminhos a serem percorridos pela realidade local<sup>1545</sup>. Historicamente, os modelos vão “predominantemente”<sup>1546</sup> do privatismo adversarial ao publicismo inquisitivo<sup>1547</sup>, sendo certo que a própria estrutura estatal pode interferir no arranjo democrático das instituições, inclusive na posição e no papel que as partes e o juiz ocupam em um processo judicial. Em outros termos, há uma correlação entre processo e cultura<sup>1548</sup>, com reflexos na simbólica irradiação de valores democráticos sobre a sociedade e a percepção do que seja um devido processo justo.

Apesar de o dinamismo das culturas jurídicas provocar influências recíprocas<sup>1549</sup>, diálogo<sup>1550</sup> e atualização de institutos<sup>1551</sup>, colocando em xeque a própria tradição<sup>1552</sup>, é certo

<sup>1545</sup> No sentido de que “compreender outras culturas é indispensável para compreender a própria cultura”, Cf. CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, p. 147.

<sup>1546</sup> No sentido de que não há modelo puro que não comporte exceção, Cf. DIDIER JR., Fredie. “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 216, ago. 2011.

<sup>1547</sup> Para uma visão geral acerca desses modelos clássicos, Cf. JOLOWICZ, J. A. “Modelos *adversarial* e *inquisitorial* de processo civil”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 100, v. 372, p. 135-147, mar./abr. 2004.

<sup>1548</sup> TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

<sup>1549</sup> Observe-se que não existe cultura dotada de pureza. Embora a cultura islâmica seja um caso realmente complexo, marcado por forte influência da religião sobre o Direito e a ação estatal, pode-se dizer até mesmo que, em um contexto geral, não existem culturas nacionais ou mesmo uma cultura universal. Todas elas recebem de algum modo influências recíprocas e também são caracterizadas pelo seu dinamismo. Conforme preleciona Louis Dumont, pelo menos desde o final do século XVIII, o mundo ideológico contemporâneo é tecido da interação de culturas por conta de ações e de reações do individualismo e de seu contrário. Cf. DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 30. Acerca do diálogo intercultural, preleciona Boaventura de Sousa Santos: “O verdadeiro ponto de partida do diálogo é o momento da frustração ou de descontentamento com a cultura a que pertencemos, um sentimento, por vezes confuso, de que a nossa cultura não fornece respostas satisfatórias para todas as nossas questões, perplexidades ou aspirações. Este sentimento suscita a curiosidade por outras culturas e suas respostas, uma curiosidade quase sempre assente em conhecimentos muito vagos dessas culturas. De todo o modo, o momento de frustração ou de descontentamento envolve uma pré-compreensão da existência e da possível relevância de outras culturas. Dessa pré-compreensão emerge a consciência da incompletude cultural e dela nasce o impulso individual ou colectivo para o diálogo intercultural e para a hermenêutica diatópica”. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. “Por uma concepção intercultural dos direitos humanos”. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 33. No mesmo sentido, abordando os pressupostos para que esse diálogo intercultural seja adequado, produzindo novas conduções para uma “autorreflexão do humano, Cf. JULLIEN, François. *O diálogo entre as culturas: do universal ao multiculturalismo*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 196-212.

<sup>1550</sup> É interessante observar que as culturas originárias da doutrina de Confúcio disseminam o valor da conciliação, ou seja, das formas consensuais de resolução de conflitos, todavia, ultimamente, por força da globalização, têm paulatinamente se afastado de suas tradições. No Japão, por exemplo, desde 1996, há um Código de Processo Civil com características similares às do processo civil dos países de tradição romano-canônica. Para uma visão abrangente acerca da reforma processual japonesa, Cf. TANIGUCHI, Yasuhei. “O código de processo civil japonês de 1996: um processo para o próximo século?”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro – RJ, ano 96, v. 350, p. 149-166, abr./jun. 2000. Na cultura

que não há uniformidade quanto à concepção do que se entende por “método democrático de solução de conflitos”. É preciso perceber que, embora existam distintas tradições jurídicas ocidentais<sup>1553</sup>, comparativamente<sup>1554</sup>, o perfil processual dos países que delas fazem parte nem sempre é coincidente<sup>1555</sup>. Em outros termos, há tradição comum em relação aos países que compõem a *Civil Law* e a *Common Law*<sup>1556</sup>, mas, em contrapartida, os sistemas jurídicos que

---

jurídica chinesa, a busca pela harmonia e pela estabilidade social fez com que a mediação fosse usada como instrumento de política de Estado, mesmo após a profissionalização do Poder Judiciário, entre os anos 1980 e 1990, pois as crescentes decisões judiciais não apresentaram resultados satisfatórios em termos de efetiva resolução de conflitos. Nessa perspectiva, o que se tem observado na China, atualmente, é a revalorização da tradição, com a preferência pela mediação em detrimento de soluções formais adjudicatórias, em que conciliar sempre foi mais importante que provar a existência de um direito. Cf. SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. “Litígio e mediação: a cultura da conciliação”. *Direito chinês contemporâneo*. Organização de Fabrício Bertini Pasquot Polido e Marcelo Maciel Ramos. São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 197-214. No mesmo sentido, Cf. DEYONG, Shen. “Chinese judicial culture: from tradition to modernity”. *Brigham Young University Journal of Public Law*, vol. 25, n. 1, p. 131-141, 2011. Apesar da revalorização dos métodos consensuais de solução de conflito, impõe-se observar que, na China, também há uma preocupação com a funcionalidade do seu sistema judicial, por conta do desenvolvimento de um sistema de precedentes. Nesse sentido, Cf. ZHANG, Qi. “O sistema de precedentes e a justiça das decisões na China”. Tradução para o português por acadêmicos do Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul e direito do consumidor” da UFRGS, revisão de Fabiana Peres e da Prof. Dra. Cláudia Lima Marques (UFRGS). *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 224, p. 369-389, out. 2013.

<sup>1551</sup> A cultura jurídica não é estática, pois os valores enraizados em uma dada comunidade podem sofrer alteração ao longo do tempo, interferindo, assim, sobre o desenho jurídico de determinados institutos, que, até então consolidados, devem passar por uma adaptação aos novos tempos. É o que ocorreu, ilustrativamente, com o controle de constitucionalidade exercido na França, que, a partir da instituição da Questão Prioritária de Constitucionalidade – CPQ em 2008, aproximou-se de outras democracias modernas que admitem o controle difuso e *a posteriori* de constitucionalidade. Como se sabe, até então, na França, como herança dos valores da Revolução, havia apenas o controle *a priori* pelo Conselho Constitucional, ou seja, admitia-se apenas o controle preventivo. A respeito do tema, por todos, Cf. OSORIO, Aline. “Jurisdição e política na França: a questão prioritária de constitucionalidade e o novo modelo de jurisdição constitucional francês”. *Jurisdição constitucional e política*. Coordenação de Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 555-587.

<sup>1552</sup> Sobre a influência da globalização na formação de novas identidades culturais e, paradoxalmente, no fortalecimento de identidades locais, Cf. HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 67-90.

<sup>1553</sup> Para uma visão comparatista entre os perfis processuais dos países que compõem as tradições da *Civil Law*, da *Common Law* e dos antigos estados socialistas, Cf. DENTI, Vittorio. *La giustizia civile: lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 49-72.

<sup>1554</sup> Sobre a importância e cautelas necessárias para a realização do estudo comparado em Direito Processual, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. “Processo civil comparado”. *Revista dos Tribunais*, RT, ano 95, v. 345, p. 19-28, jan./mar. 1999.

<sup>1555</sup> A doutrina prefere utilizar a expressão “tradição jurídica” em vez de “sistema jurídico”. Entende-se que, apesar de os países integrarem a mesma tradição, eles têm instituições, normas e processos distintos. A tradição jurídica, enquanto conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do Direito e da sua função na sociedade e na organização política, coloca o sistema jurídico na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão. Nesse sentido, por todos, Cf. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3th. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 1-5.

<sup>1556</sup> Há diferenças básicas entre essas duas tradições jurídicas continentais. Na tradição romano-germânica, a lei formal é a fonte primeira do direito, e as decisões judiciais, tradicionalmente pelo menos, em relação aos casos futuros, têm força meramente persuasiva, ou seja, estabelecem apenas uma diretriz não obrigatória. Diferentemente, na tradição do *Common Law*, em regra, a decisão judicial constitui preceito *erga omnes*, norma que se impõe aos demais casos idênticos ou assemelhados, com força de lei. Mesmo regulado por lei, o ponto de partida é um precedente jurisprudencial, havendo um inegável respeito às tradições, ao passado. A diferença marcante entre os dois sistemas, nessa perspectiva, é a doutrina de precedentes e o sistema de *stare decisis*, elementos característicos da tradição do *Common Law*. Cf. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013, p. 214-223;

delas fazem parte apresentam peculiaridades quanto à conformação procedimental<sup>1557 1558</sup>.

Por exemplo, existem países de *Civil Law* ou da tradição romano-germânica que excluem determinados litígios da esfera estatal<sup>1559</sup>. Essa ausência de uniformidade também é verificada em países de tradição da *Common Law*<sup>1560</sup>. Por exemplo, não se verifica mais na Inglaterra o entusiasmo quanto ao júri civil, ao contrário da manutenção tradicional desse instituto no sistema norte-americano<sup>1561</sup>. É certo, porém, que a globalização, por gerar uma nova mentalidade e novos valores jurídicos<sup>1562</sup>, tem aproximado essas duas tradições<sup>1563</sup>, que,

MARCATO, Antonio Carlos. “Algumas considerações sobre a crise da justiça”. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell organizadores. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 37-38.

<sup>1557</sup> Na linha de pensamento de que não há uniformidade nos sistemas jurídicos inerentes às tradições romano-germânicas (*Civil Law*) e *Common Law*, esclarece John Henry Merryman que “cada uma dessas tradições jurídicas compreende distintos sistemas jurídicos nacionais que são agrupados pelas suas semelhanças, compondo uma cultura jurídica comum”. Cf. MERRYMAN, John Henry. “Sobre a convergência (e divergência) entre *civil law* e *common law*”. Tradução de Angela Araujo da Silveira Espíndola. *Tratado de Direito Constitucional: Constituição no século XXI*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 2. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014, p. 131-132.

<sup>1558</sup> Sobre as origens do *Civil Law* e do *Common Law*, Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39-76.

<sup>1559</sup> Quanto aos países de tradição romano-germânica, observem-se, para ilustrar, os casos da Colômbia, Peru, Bolívia e Equador, países que, por influência do novo constitucionalismo latino-americano, do multiculturalismo interno e do pluralismo jurídico, reconhecem a jurisdição especial indígena. Nesse sentido, Cf. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Coordinado por César Rodríguez Garavito. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, p. 139-159. Esse fenômeno, aliás, também é verificado analogamente em diversos países africanos, não obstante estes tenham também incorporado aspectos culturais de seus respectivos colonizadores.

<sup>1560</sup> Luisiana e Quebec, em outra perspectiva, são faixas territoriais que apresentam características aproximativas da *Civil Law*, embora o restante de seus respectivos países, EUA e Canadá, aproxime-se das tradições da *Common Law*. De igual modo, observa-se que, na Inglaterra, por conta das últimas reformas processuais, há uma preocupação com a descoberta da verdade no processo, ao contrário do que aparentemente ocorre na prática judicial dos Estados Unidos, apesar da existência de regulamentação legal (*Federal Rules of Evidence*). No sentido do texto, Cf. TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 63-67, mar. 2009. TARUFFO, Michele. “Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*”. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 11-34; TARUFFO, Michele. “Icebergs do *common law* e *civil law*? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 181, p. 167-172, mar. 2010; TARUFFO, Michele. “Aspetti Fondamentali del Processo Civile di *Civil Law* e di *Common Law*”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 27-48, 2001.

<sup>1561</sup> Sobre a correlação entre a cultura democrática norte-americana e a instituição do júri, Cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005, p. 55-58; MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3th. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 113.

<sup>1562</sup> GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 87.

<sup>1563</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2013, p. 218-219. Atualmente, observa-se que a postura mais ativa do juiz e o fato de os processos serem escritos já não são características exclusivas do *Civil Law*, que, cumpre enfatizar, em decorrência das significativas mudanças ocorridas nos ordenamentos jurídicos nas últimas décadas, também não possui um modelo unitário de processo civil. Há, por exemplo, uma tendência de codificação nos países da tradição do *Common Law*. O que se tem constatado, na realidade, é que, por conta das consequências jurídicas da

apesar de diferenças em seus processos históricos de formação<sup>1564</sup>, não estão totalmente alheias às influências recíprocas, mesmo em seus primórdios<sup>1565</sup>.

O que se conclui é que as culturas têm dialogado entre si, em um processo de constante evolução, tendo em vista as suas peculiaridades locais<sup>1566</sup>. As distinções entre os sistemas ou modelos jurídicos, a exemplo das que normalmente são feitas em relação às tradições romano-canônica e do *Common Law*, não podem ser estáticas, porque semelhanças e dessemelhanças podem aumentar, diminuir ou até mesmo desaparecer, tudo a depender das mudanças culturais, que alteram a compreensão e a valoração dos comportamentos humanos<sup>1567</sup>. Enfim, o que merece destaque neste momento é que, nessas duas tradições jurídicas, aspectos procedimentais relacionados aos mais diversos temas (estilo decisório<sup>1568</sup>,

---

globalização, tem havido diálogo entre as tradições do *Common Law* e *Civil Law*, em que os países normalmente são democracias capitalistas ocidentais, com as frequentes controvérsias transnacionais e a tendência à uniformização cultural, fortemente potencializada pela ideologia dos direitos humanos. Nesse sentido, Cf. MERRYMAN, John Henry. “Sobre a convergência (e divergência) entre *civil law* e *common law*”. Tradução de Angela Araujo da Silveira Espíndola. *Tratado de Direito Constitucional: Constituição no século XXI*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 2. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014, p. 134. Sobre o fato de que foi necessário o tradicional direito inglês por conta de diversos desafios (econômico, social, ambiental, industrial e regional), Cf. SCARMAN, Lorde Leslie. *O direito inglês: a nova dimensão*. Tradução de Inez Toffoli Baptista. Porto Alegre; SAFE, 1878, p. 13-20.

<sup>1564</sup> É interessante observar que, quando o direito romano imperial ressurgiu na Europa Continental, nos séculos XII e XIII, o direito inglês, fonte da tradição do *Common Law*, já estava amadurecido e unificado, por força dos tribunais reais. Houve, certamente, um contato anterior do direito inglês com o direito romano, especificamente com a chegada do Cristianismo contemporaneamente à conquista normanda, mas o fato é que, quando as ideias romanas ganharam força, a Inglaterra, unificada, já havia consolidado o seu direito comum.

<sup>1565</sup> Sobre as diferenças entre o *Common Law* e o direito romano clássico e suas semelhanças, principalmente no que concerne ao método de produção do direito, Cf. PUGLIESI, Giovanni; SITIZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 113-115; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 3-10.

<sup>1566</sup> Impõe-se observar, com Michele Taruffo, que os juristas já estão conscientes de que existem dimensões transnacionais e transculturais da justiça civil, inclusive os problemas fundamentais da administração da justiça são substancialmente os mesmos em todos os ordenamentos jurídicos modernos. Cf. TARUFFO, Michele. “Dimensioni transcultural della giustizia civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LIV, n. 4, dic. 2000, p. 1083. Em sentido similar, Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 39-70.

<sup>1567</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo”. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 4, p. 56-57, 2003.

<sup>1568</sup> Ilustrativamente, observe-se que, diferentemente do que ocorre no Brasil, os tribunais ingleses não decidem por maioria de votos, ou seja, as decisões dos tribunais ingleses são unânimes, por adesão à maioria, demonstrando que lá não há o chamado “voto vencido”. Ademais, no sistema inglês, as decisões, mesmo as monocráticas, são normalmente extensas, sendo que a principal causa desta prolixidade é a parte da decisão em que se analisam julgados anteriores, com copiosas citações de trechos. Cf. ANDREWS, Neil. “Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 192, p. 118, fev. 2011. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o sistema da *Common Law*, por ter uma cultura de procurar observar decisões idênticas para casos iguais ou análogos, tem mais condições de estabelecer os valores decorrentes da segurança jurídica e da isonomia. É interessante observar também que, em Portugal, há proibição legal quanto à citação da doutrina na fundamentação das decisões judiciais. É possível citar a jurisprudência, mas a doutrina não. Quanto à Itália, Cf. TARUFFO, Michele. “La fisionomia della sentenza in Italia”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XL, n. 2, p. 435-467, giu. 1986.

motivação das decisões<sup>1569</sup>, direito de recorrer<sup>1570</sup>, execução<sup>1571</sup> etc.) possuem variação, mas a base democrática persiste em praticamente todos os sistemas jurídicos que as compõem<sup>1572</sup>.

Na realidade, em uma perspectiva histórico-geográfica ocidental, visualiza-se a dimensão ideológica da jurisdição a partir de alguns critérios que interferem na formação do modelo processual<sup>1573</sup>. Por exemplo, os “objetivos atribuídos ao processo civil” podem ser democráticos ou não, a depender do regime político adotado pelo Estado<sup>1574</sup>. Outro aspecto

<sup>1569</sup> No Direito norte-americano, por exemplo, ressalvadas as decisões da Suprema Corte, a motivação das decisões judiciais não é obrigatória, ou seja, apesar de ser um país democrático, nos EUA, a exposição dos fundamentos decisórios, como regra, não faz parte da ideia geral de devido processo legal. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A suprema corte norte-americana: um modelo para o mundo”. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 245. Em alguns ordenamentos jurídicos, há previsão expressa do dever de motivação das decisões judiciais, a exemplo da previsão constitucional na Itália (art. 111, *comma* 6). Todavia, “em outros ordenamentos, como na Inglaterra, não existe dever expresso de motivação, mas existe nesse sentido uma prática judiciária consolidada”. Cf. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 271. Nos EUA, as decisões também são exaustivamente fundamentadas, ao passo que as francesas e italianas possuem fundamentação sucinta. Na doutrina brasileira, comparando os estilos norte-americano, francês e italiano de fundamentação, Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. “A sentença em perspectiva comparada: estilos norte-americano, francês e italiano em confronto”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 235, p. 407-434, set. 2014.

<sup>1570</sup> Observe-se, por exemplo, que, diferentemente do Brasil, não há um direito fundamental ao recurso no sistema anglo-americano. Lá, salvo exceção prevista na legislação, necessita-se de autorização judicial para o processamento do recurso. No Brasil, basta que a parte interponha o seu recurso de forma autônoma e independente, satisfazendo naturalmente todos os requisitos de admissibilidade, para que o seu recurso seja julgado no mérito. Por outro lado, observa-se que, na Itália e na Alemanha, já há um filtro no recurso de apelação, que tem o seu conhecimento condicionado à razoável probabilidade de êxito na perspectiva meritória. Para uma reflexão mais profunda a respeito, propugnada pela sua extinção e a criação de um filtro para a Corte de Cassação, Cf. CAPONI, Remo. “Contro il nuovo filtro in apelo e per un filtro in cassazione nel processo civile”. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, anno LVII, fasc. 2, p. 1539-1556, mar./apri. 2012. No sentido de que a atual sistemática da apelação na Itália teve inspiração no processo civil inglês, Cf. VERDE, Giovanni. “La riforma dell’appello civile: due anni dopo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 3, p. 990-991, set. 2014. No que se refere ao sistema norte-americano, Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “Recursos no direito processual norte-americano”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 221, p. 155-174, jul. 2013.

<sup>1571</sup> Para uma visão comparativa entre as técnicas executivas das tradições *Common Law* e *Civil Law*, Cf. TARUFFO, Michele. “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 1, p. 142-176, mar. 1988.

<sup>1572</sup> TARUFFO, Michele. “Dimensioni transcultural della giustizia civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LIV, n. 4, p. 1084, dic. 2000.

<sup>1573</sup> Para uma visão mais profunda acerca desses critérios, Cf. TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

<sup>1574</sup> A finalidade do processo é mutável de acordo com o ambiente cultural em que se insere. Na antiga URSS, por exemplo, a jurisdição tinha por escopo educar e realizar a manutenção do sistema político, inclusive o processo era utilizado como instrumento de propaganda. Esse fato demonstra que o Socialismo afastou o direito soviético da tradição da *Civil Law*. Nesse sentido, Cf. MERRYMAN, John Henry. “Sobre a convergência (e divergência) entre *civil law* e *common law*”. Tradução de Angela Araujo da Silveira Espíndola. *Tratado de Direito Constitucional: Constituição no século XXI*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 2. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014, p. 141. Conforme preleciona Calamandrei, na antiga URSS, não havia distinção entre justiça e política. Nesse sentido, enquanto em um ambiente democrático, dialético, a decisão judicial é a consequência, incerta até o fim, do andamento do processo, no processo totalitário, o andamento do processo é a consequência da decisão já definida desde o começo do procedimento. Cf. CALAMANDREI, Piero. “Justiça e política: sentença e sentimento”. *Processo e democracia: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 41 e 86. Explica Vicente Ráo que o socialismo de Estado obedecia praticamente

relevante diz respeito ao “papel do juiz”<sup>1575</sup> na condução do processo, inclusive quanto à existência ou não de “poderes instrutórios”<sup>1576</sup>, sendo certo afirmar que nenhum sistema de

---

a dois princípios, o princípio da “negação do caráter jurídico do poder”, como consequência da negação do próprio valor intrínseco do Direito, tal como entendido pela civilização ocidental, e o princípio da afirmação da “unidade do poder”, em substituição ao da divisão de poderes, que caracteriza a democracia. Nesse regime, a pretexto de socialização, tudo era tarefa do Estado, e a iniciativa e os anseios individuais foram cerceados, inclusive era negada a existência de direitos subjetivos. O Direito soviético, assim, era entendido como um conjunto de normas elaboradas livremente pela ditadura soviética e por ela coercitivamente impostas, para o fim de criar uma infraestrutura econômica capaz de servir de base e de provocar uma superestrutura social e política, de acordo com os princípios do socialismo integral. Cf. RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999, p. 144-155. Era natural que toda essa perspectiva jurídica refletisse sobre as categorias processuais. No campo probatório, por exemplo, o juiz não tinha limitações quanto à busca da chamada “verdade material”, uma das missões básicas do processo soviético, pois a sua “convicção íntima” convergia para os anseios da vigente ordem jurídica socialista e revolucionária. Nesse sentido, Cf. VISHINSKI, Andrei. *A prova judicial no direito soviético*. Tradução de Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957, p. 5-34. É interessante observar que, atualmente, na Rússia, por força da globalização, de uma nova cultura econômica individualista, da nova Constituição (1993) e de tratados internacionais de direitos humanos, o novo CPC (2002) prevê um sistema probatório de índole adversarial, em que o juiz tem uma postura passiva e uma atuação mínima. A doutrina, todavia, percebendo que, na prática, há um desequilíbrio de forças entre as partes do processo no âmbito do direito material, já está propondo retorno à ampliação dos poderes instrutórios do juiz, para que sejam proferidas decisões verdadeiramente imparciais e justas. Nessa perspectiva, a doutrina tem sugerido, para que haja uma tutela adequada dos direitos, um equilíbrio entre os princípios morais do individualismo e do coletivismo. Nesse sentido, Cf. MALESHIN, Dmitry. “O novo código de processo russo de 2002”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 30, n. 121, p. 159-165, mar. 2005.

<sup>1575</sup> No sistema norte-americano, apesar da elevada ritualização do papel do juiz, por intermédio das honras, das vestimentas e da forma de direcionamento a ele, são as partes, por meio dos advogados, que dominam o processo. Compete ao advogado, por exemplo, a decisão sobre quais sejam as provas necessárias. O juiz norte-americano, dessa forma, tradicionalmente atua como um árbitro, cujas funções principais consistem em garantir que o processo se desenvolva imparcialmente, em evitar que uma das partes atue deslealmente e em assegurar a unidade e a continuidade do procedimento. É certo que ele tem bastantes poderes, mas esses poderes são exercidos normalmente por provocação das partes. Assim, se uma das partes se nega a cooperar no curso do processo, a parte adversa pode invocar a atuação do juiz, que, dependendo do caso, pode até aplicar uma medida de *contempt of court*. No mais, observa-se que atuação mais ativa do juiz é verificada na fase do *trial*. Sobre o papel do juiz no sistema jurídico norte-americano, Cf. CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005, p. 62-65; SERENI, Angelo Piero. *El proceso civil en los Estados Unidos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), 1958, p. 11-13 e 114-115.

<sup>1576</sup> No campo probatório, os sistemas jurídicos diferenciam-se quanto ao absolutismo da autonomia das partes ou, se marcado pelo publicismo, ao compromisso com uma justiça baseada na determinação verdadeira dos fatos. No sistema norte-americano, por exemplo, por força da *discovery*, cada parte tem o poder de exigir que o adversário e outras testemunhas em potencial se sujeitem a questionamentos orais sob juramento sem a presença do juiz, respondam sob juramento perguntas escritas, ofereçam seus documentos para exame pelo adversário e, quando suas condições físicas e mentais estejam em questionamento, submetam-se a exames médicos realizados por um profissional da escolha do interessado. Sendo assim, mesmo que sob a supervisão do juiz, que pode exigir a cooperação dos adversários e de terceiros, o instituto da *discovery* atribui às partes um poder para controlar a investigação sobre os fatos da causa antes do julgamento. Em outros ordenamentos jurídicos, todavia, além de previamente requerida, a produção da prova deve ser precedida de deferimento judicial, a exemplo do sistema jurídico brasileiro. O juiz, por aqui, continua com um papel fundamental no procedimento probatório. Nesse sentido, Cf. TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 80-85, mar. 2009; CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005, p. 58-59. Para uma visão comparativa entre os poderes probatórios do juiz na Itália e na Alemanha, com reflexões também sobre a aproximação do moderno sistema probatório da Inglaterra com os modelos da tradição da *Civil Law*, Cf. CAPONI, Remo. “Note in tema di poteri probatori delle parti del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno LII, n. 4, p. 523-548, lug./ago. 2006.

justiça é puramente adversarial ou inquisitório<sup>1577</sup>. Finalmente, também se observa variações acerca da “estrutura procedimental” do processo<sup>1578, 1579</sup>.

É certo dizer que o caráter transnacional do processo civil, por conta da globalização, reclama uniformidade<sup>1580</sup>, mas é igualmente correto dizer que não é possível unificar totalmente os sistemas processuais<sup>1581</sup>, pois o processo é produto da cultura<sup>1582</sup>. A partir dessa premissa, conclui-se que o processo judicial apresenta variações ideológicas distintas em sua relação com a democracia, de modo que as respectivas concepções do devido processo legal não possuem absoluta unidade nos ordenamentos jurídicos estrangeiros<sup>1583</sup>. Mas, também é

---

<sup>1577</sup> BOTELHO, Guilherme. “Os poderes processuais do juiz em perspectiva comparada”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 243, mai. 2015, p. 501. Quanto ao papel do juiz no processo, a ideologia e a cultura estabelecem influência sobre a configuração das técnicas processuais, variando a intensidade e a amplitude de acordo com o modelo estatal adotado, de forma individual, pelos Estados. Historicamente, os Estados vinculados ao sistema da *Civil Law* proporcionam maior grau de dirigibilidade processual ao juiz, enquanto os de *Common Law*, menor. Todavia, as reformas processuais dos últimos tempos demonstram que essa visão tradicional já não se verifica mais. No campo probatório, verifica-se que a Espanha, diferentemente de outros países tradicionalmente vinculados ao sistema da *Civil Law*, atribui poucos poderes ao juiz, para atuar de ofício. Na Itália, apenas o juiz do trabalho tem amplos poderes instrutórios, inclusive para atuar de ofício. Cf. TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 74-77. Na tradição do sistema adversarial do *Common Law*, as partes controlam o ritmo e a forma do litígio, pois investigam, preparam e apresentam as provas e os argumentos pertinentes. É natural que o juiz tivesse, nesse modelo, uma tímida postura procedimental. Acontece, todavia, que esse modelo vem sofrendo mudanças dignas de nota. Nos EUA, por exemplo, contrariando a tradição de passividade judicial, já se admitem poderes gerenciais do juiz no processo. Nesse sentido, analisando criticamente essa mudança, Cf. RESNIK, Judith. “Managerial judges”. *Harvard Law Review*, v. 96, 1982, p. 374-448. Na Inglaterra não é diferente, pois os juízes de lá também têm amplos poderes de condução do procedimento. Nesse sentido, por todos, Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 104-106 e 139-144.

<sup>1578</sup> No que concerne à estrutura procedimental, observa-se, na Europa, que há dois modelos, variáveis em termos de prestígio da oralidade. Um deles, adotado na Alemanha (modelo de Stuttgart), na Áustria e, desde 2000, na Espanha, legítima a estrutura bifásica, sendo composto por uma fase preliminar, em que há um debate prévio entre as partes e o juiz, inclusive quanto à organização do processo, e um fase instrutória, em que os assuntos probatórios habitualmente são desenvolvidos em uma única e concentrada audiência, que precede o julgamento. O outro modelo, adotado na América do Sul, na França e, em larga medida, na Itália, estrutura-se a partir de uma série de audiências em que se desenvolvem várias atividades processuais (atos postulatorios, instrutórios e decisórios), sem que perceba, claramente, a existência de duas fases. Essa análise é importante, pois evidencia a preocupação desses modelos em prestigiar a oralidade em maior ou menor escala. Cf. TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 77-79; CAPONI, Remo. “Rigidità e flessibilità del processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXXI, n. 6, p. 1449-1452, nov./dic. 2016.

<sup>1579</sup> STÜRNER, Rolf; KERN, Christoph. “Processo civil comparado – tendências recentes e fundamentais”. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 200, p. 203-23, out. 2013.

<sup>1580</sup> TARUFFO, Michele. “Note sulla dimensione transnacional delle controversie civili”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LIV, n. 1, p. 1065, mar. 2001.

<sup>1581</sup> Sobre a tendência de unificação procedimental na União Europeia, Cf. PRÜTTING, Hanns. “Fundamentos y tendencias actuales en el desarrollo del derecho procesal civil europeo”. Traducción Álvaro Pérez-Ragone. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 71-91, dez. 2010.

<sup>1582</sup> Nesse sentido, Cf. TARUFFO, Michele. “A globalização da justiça processual. Algumas observações gerais”. Tradução de Rafael Dresch. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 20-22.

<sup>1583</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. “Valori etici e ideologie del ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LII, n. 3, p. 887-938, sett. 1998.

certo dizer que, genérica e atualmente, predomina, embora com algumas limitações, a visão que atribui ao juiz função ativa na direção e na instrução do processo, para, cumprindo a legislação, afastar-se de valores autoritários<sup>1584</sup>. A partir dessa perspectiva, soará natural a preocupação do juiz com a desburocratização procedimental<sup>1585</sup>, a fim de melhor prestar a tutela jurisdicional.

Logo, diante desse aspecto, não se visualizará o processo apenas a partir de uma cultura meramente “técnica”. Embora particularmente complexo e tecnicamente sofisticado, ele, o processo, é um instrumento de realização do direito material que sofre influência da cultura e também, como visto, influencia-a. Observe-se que a cultura reflete a ideologia, que, por sua vez, influencia a conformação procedimental do processo, ou seja, as opções técnicas da jurisdição, na verdade, são opções ideológicas<sup>1586</sup>, e, por isso mesmo, é problemático descobrir o escopo que realmente se pretende alcançar com o processo, inclusive se todos os entes serão atingidos ou não por ele<sup>1587</sup>. Definida essa questão, podem-se estabelecer, precisamente, os instrumentos técnicos que lhe são necessários<sup>1588</sup>.

É nesse sentido que definir, por exemplo, se o processo será realmente efetivo em relação à Fazenda Pública, inclusive e principalmente em termos de satisfatividade do direito, é uma questão que recebe influência da cultura e da ideologia. É essencial, portanto, em um contexto de investigação intercultural, estabelecer-se o vínculo entre a “técnica” e a “ideologia”, no sentido de que esta defina adequadamente os fins da jurisdição, enquanto aquela, os meios necessários para atingi-los. Por isso, a relação entre elas é de dependência recíproca, uma vez que a técnica sem a ideologia é oca, ao passo que a ideologia, sem a técnica, revela-se impotente<sup>1589</sup>.

<sup>1584</sup> Conforme preleciona José Ignácio Botelho de Mesquita, mesmo em um Estado que se diz formalmente democrático, é possível que a estrutura processual seja autoritária. Na visão deste autor, só será democrático um ordenamento jurídico que imponha a sujeição do juiz à lei, com efetiva garantia de liberdade, seja para o indivíduo, seja para o juiz. Trata-se de um sistema jurídico que estabelece uma estrutura processual apta a prevenir o arbítrio antes que ocorram ou se desfaçam os seus efeitos, quando, apesar da previsão legal, o ilícito já tenha ocorrido. As partes, portanto, não estariam sujeitas apenas à vontade do juiz, mas à vontade da lei. O juiz, por outro lado, ao cumprir a lei, teria a liberdade de decidir sem sofrer a opressão de quaisquer fontes de poder. Cf. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. “O princípio da liberdade na prestação jurisdicional”. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2005, p. 33-37.

<sup>1585</sup> Sobre a correlação entre burocracia e funcionalidade na prestação jurisdicional, Cf. FISS, Owen. *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 66-89.

<sup>1586</sup> No sentido de que as reformas processuais, apesar de terem conotação científica, caracterizam-se muito mais por serem obra de política do direito, Cf. DENTI, Vittorio. “Il processo de cognizione nella storia delle riforme”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVII, n. 2, p. 814, sett. 1993.

<sup>1587</sup> PASSOS, José Joaquin Calmon de. “Democracia, participação e processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 94.

<sup>1588</sup> TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, mar. 2009, p. 70-72.

<sup>1589</sup> *Idem*, p. 70-72.

Sendo assim, um modelo processual nasce da combinação de escolhas ideológicas e de instrumentos técnicos, e essa informação é essencial para o deslinde desta pesquisa, pois, consoante já demonstrado, o sistema jurídico brasileiro preocupa-se com a tutela do direito a prestações de saúde pública, especialmente diante das situações mais urgentes, e, concomitante, com a governabilidade democrática.

Mas, o que é relevante perceber, neste tópico, reafirmando a já mencionada lição de Oscar Chase<sup>1590</sup>, é que os sistemas de resolução de conflitos de uma determinada sociedade recebem influência da cultura local, porém, ao mesmo tempo, interfere na formação dessa mesma cultura. Trata-se, pois, de uma circularidade que vai acontecendo no decorrer da história, a qual, se bem compreendida, pode proporcionar avanços sociais. Em outros termos, o simbolismo resultantes das formas de solução de conflitos pode influenciar o desenvolvimento civilizatório da sociedade e vice-versa<sup>1591</sup>, e é nessa perspectiva, considerando também que as forças que alteram as sociedades necessariamente afetam os sistemas jurídicos<sup>1592</sup>, que se deve repovoar a vida pública com novos simbolismos democráticos, com ritos eficazes, significativos e controlados<sup>1593</sup>.

Sendo assim, se o que se deseja, atualmente, é o aperfeiçoamento da democracia, é inegável que devem ser ampliados os espaços de ação democrática no sistema de resolução de conflitos sociais, para cada vez mais se irradiarem sentimentos de necessária atmosfera democrática nas outras instituições sociais (família, escola, empresa, governo etc.). Em outras palavras, se o ambiente da jurisdição é democrático, pois a participação popular nos debates é estimulada<sup>1594</sup>, inclusive antes das decisões, essa simbologia tende a irradiar-se para toda a sociedade, tornando-a, por conta dos ares de “espiritualidade democrática”<sup>1595</sup>, menos egoísta e autoritária. Deve-se buscar, dessa forma, a ampliação da legitimidade democrática do

---

<sup>1590</sup> CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005, p. 2, 7, 122-124 e 125-137.

<sup>1591</sup> Observe-se que a jurisdição pode adotar um comportamento ideológico que acarrete uma autocontenção democrática. Por exemplo, a Suprema Corte norte-americana, no período histórico compreendido entre a Independência e o início do século XX, estabeleceu fortes restrições à soberania popular. Nesse sentido, Cf. BERCOVICI, Gilberto. “A constituição invertida: a suprema corte americana no combate à ampliação da democracia”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.

<sup>1592</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3th. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 159.

<sup>1593</sup> GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 328.

<sup>1594</sup> Conforme preleciona Ovídio A. Baptista da Silva, a verdadeira democracia é aquela que privilegia e estimula a participação. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Democracia moderna e processo civil”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 113.

<sup>1595</sup> RUBIO, David Sanchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 120.

processo, objetivo esse que, conforme se verificará nos itens que se seguem, recebeu valiosa contribuição do CPC/2015.

## 6.2 A DEMOCRATIZAÇÃO INTERNA DO PROCESSO A PARTIR DO CPC/2015

A abertura do juiz para a sociedade depende, de certo modo, da sua propensão para o diálogo interno no processo, ou seja, em relação às partes. Em outras palavras, se há uma postura dialógica diante do processo tradicional bipolar, fica mais fácil trazer o juiz para um espalho de maior diálogo social, a exemplo do que se propõe para os processos estruturais. O CPC/2015, nessa perspectiva, apresentou-se como um avanço democrático.

O surgimento de um novo Código de Processo Civil, por certo, não significa apenas uma atualização procedimental quanto à legislação revogada. Não se trata, portanto, somente de atualizar institutos e padronizar prazos processuais. Antes, e pelo contrário, um diploma normativo desse porte deve representar um ponto de partida para uma mudança cultural e ideológica no que se refere ao vínculo estabelecido entre a jurisdição e a sociedade<sup>1596</sup>.

Nessa perspectiva, trabalhar com o CPC/2015 significa algo além de uma adaptação ao novo regramento dos institutos ou de um mero conhecimento de categorias novas, pois também representa uma “mudança de mentalidade” ou uma nova postura diante do processo, do jurisdicionado e da própria sociedade. Nesse sentido, não se pode olhar para o atual Código de Processo Civil procurando o antigo.

Percebe-se, por exemplo, que o CPC/2015 tem um compromisso com a obtenção razoável da solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º). Diversos dispositivos, nesse sentido, evidenciam que, na busca da tempestiva tutela jurisdicional, o sistema rompeu com qualquer ideia de formalismo excessivo, no sentido de que as formas processuais valem pelo valor a que visam proteger (formalismo-valorativo)<sup>1597</sup>. O importante, pois, é a essência das categorias jurídicas, e é nesse prisma que o “perfil democrático” apresenta-se como um dos pilares do atual Código de Processo Civil<sup>1598</sup>.

Para compreender os pressupostos ideológicos do CPC/2015, revela-se inevitável reafirmar que não se compreende mais o processo, como categoria histórico-cultural, apenas como um instituto técnico ou mera sequência concatenada de atos processuais. Essa

---

<sup>1596</sup> DENTI, Vittorio. “Il ruolo dei giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XXXVIII, n. 2, p. 726, sett. 1984.

<sup>1597</sup> Para uma visão abrangente acerca desta temática, Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217-225.

<sup>1598</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 38.

concepção procedimental, e isso não é novidade, reflete apenas uma visão parcial desse método de resolução de conflitos, pois, como a jurisdição estatal vincula a relação entre o poder público e o cidadão, o processo também deve ser visto em seu aspecto político-cultural.

Nessa perspectiva, a evolução do contraditório apresenta-se como uma evolução da própria visão democrática do processo judicial<sup>1599</sup>. Há, como se verá neste tópico e nos três que irão sucedê-lo, uma preocupação com o alargamento de espaços de democratização interna no processo, mas também sob a perspectiva externa, na exata medida que a própria sociedade é convocada ou é aceita para participar dos debates que, em certa medida, irão influenciá-la.

### **6.2.1 Do contraditório como influência prévia: a manifestação das partes como algo importante em um processo judicial democrático**

Historicamente, como se sabe, visualizava-se a natureza jurídica do processo a partir da teoria da relação jurídica, proposta, em obra clássica de 1868<sup>1600</sup>, por Oskar Von Bülow<sup>1601</sup>. Intrinsecamente, por essa visão tradicional, o processo era visto apenas como uma relação jurídica de direito público, complexa e dinâmica, formada por três sujeitos, sendo um deles investido de jurisdição e dotado de imparcialidade, a qual tinha o objetivo de gerar a prestação da tutela jurisdicional.

Por conta de eventos históricos, todavia, passou-se a exigir que a jurisdição estatal também se qualificasse por sua “legitimidade democrática”<sup>1602</sup>. Nesse sentido, o processo,

---

<sup>1599</sup> Acerca da evolução do contraditório e a ideia moderna de processo, Cf. PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars: le matrice storico-culturali del contraddittorio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, anno LVII, n. 1, p. 7-22, mar. 2003.

<sup>1600</sup> Registre-se que há versões dessa obra clássica em português (BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003) e em espanhol (BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964).

<sup>1601</sup> É majoritário o entendimento de que o estudo do processo ganhou autonomia, emancipando-se do Direito Civil, a partir da obra de Oskar Von Bülow intitulada “teoria das exceções e dos pressupostos processuais” (1868). Registre-se, contudo, que há divergência na doutrina quanto a essa tese. Por todos, atribuindo à Gönner a autonomia do direito processual, Cf. CHIZZINI, Augusto. “Privato e pubblico nella ripartizione dei ruoli processuali: I poteri dell'interveniente adesivo”. *Rivista di diritto civile*, Padova, anno XLII, v. 42, n. 3, p. 339-340, mag./giu. 1996.

<sup>1602</sup> A legitimidade democrática da jurisdição, certamente, não era objeto de preocupação na obra clássica de Oskar Von Bülow. Pelo contrário, esse autor alemão, quando instituiu a categoria dos “pressupostos processuais”, preocupava-se com a criação de técnica de controle coativo acerca da validade do processo, para aumentar o poder do Estado. A partir desse pressuposto, Bülow, adepto da Escola do Direito Livre, não concebeu o processo como um instrumento de controle da atividade judicial, mas sim, por conta do formalismo em que se havia envolvido a Escola Histórica Alemã, como uma técnica de viabilização de um movimento hipoteticamente emancipatório pela atividade criadora do Direito pela magistratura nacional alemã, ou seja, Bülow pretendia criar as bases técnicas, para que os juízes, no momento da decisão, não se sentissem vinculados

inclusive o de execução<sup>1603</sup>, agora analisado em sua perspectiva extrínseca, começou a ser visualizado como um “procedimento realizado em contraditório” perante o qual as partes encontram-se em “posição simétrica”<sup>1604</sup>.

Impõe-se observar, contudo, que, apesar de não haver incompatibilidade entre os planos intrínseco e extrínseco do processo<sup>1605</sup>, busca-se, atualmente, a consagração de um modelo mais democrático, que, certamente, exige uma refundação ou um aperfeiçoamento do contraditório.

Mas, afinal, o que é isto: um modelo democrático de processo? Em resposta, de logo, deve-se perceber que é simplória a ideia de que o processo seja apenas uma técnica de realização da atividade jurisdicional. Na perspectiva democrática e, com efeito, da incidência dos direitos fundamentais, o processo, em seu vínculo com a jurisdição, deve ser visto como um instrumento de “controle”, que ocorre, fundamentalmente, pela investigação histórico-cultural do contraditório, ou seja, considerando-o na perspectiva dos valores dominantes em determinadas épocas e localidades<sup>1606</sup>.

É certo que, atualmente, o contraditório, como garantia constitucional (art. 5º, LV, da CF)<sup>1607</sup> que deve ser implementada por intermédio do CPC, está longe de qualquer lógica formal imposta pelo juiz, com a finalidade de apenas cumprir uma sequência procedimental. Pelo contrário, como instrumento de civilidade jurídica<sup>1608</sup>, o contraditório, daquilo que se denomina neste estudo de “democracia interna do processo”, é substancial, no sentido do sincero debate prévio e da sua capacidade influenciante sobre as decisões judiciais<sup>1609</sup>. Assim,

a abordagens formalistas ou legalistas. Preparava-se, assim, o caminho técnico e científico para que as decisões fossem proferidas a partir do primado da vontade, do sentimento ou da intuição do juiz. Nesse sentido, Cf. LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 45-63.

<sup>1603</sup> Sobre a incidência do contraditório na execução, dentre outros, Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 112.

<sup>1604</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova, Cedam, 1989, p. 80.

<sup>1605</sup> A “teoria da relação jurídica” não é incompatível com a teoria que visualiza o processo como um “procedimento em contraditório”. Realizadas algumas correções, especialmente quanto ao posicionamento do juiz em relação às partes, observa-se que são teorias que enfatizam aspectos diferentes em relação ao processo, ou seja, quanto ao desenvolvimento da atividade jurisdicional.

<sup>1606</sup> Por todos, Cf. MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. “O que é um modelo democrático de processo?”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 73, p. 183-206, jan./abr. 2013.

<sup>1607</sup> O contraditório é uma garantia assegurada em diversos textos normativos internacionais. Ilustrativamente, observa-se que, na Itália, há previsão do contraditório na Constituição (art. 24, 2º) e no Código de Processo Civil (art. 101). Na Espanha, há previsão constitucional (art. 24, 1). Digna de nota também é a previsão do contraditório no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

<sup>1608</sup> FAZZALARI, Elio. “La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XL, n. 2, p. 433, giu. 1986.

<sup>1609</sup> Conforme Nicolò Trocker, o núcleo essencial do contraditório moderno não reside apenas na paridade formal de armas no processo e na exigência da imparcialidade judicial, mas na perspectiva de possibilitar às partes condições de influenciar ativamente na atividade judicial. Cf. TROCKER, Nicolò. *Proceso civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 385-386.

embora seja correta a clássica visão de que o processo seja um diálogo ou uma conversação<sup>1610</sup>, essa percepção é ainda insuficiente em termos de uma democratização contemporaneamente adequada.

O CPC/2015, nessa linha, rompe com o princípio do inquisitivo, para assumir, democraticamente, um modelo colaborativo, que vislumbra o processo não como algo apenas inerente ao Estado-juiz, mas também das partes, inclusive transformando-o, simbólica e pragmaticamente, em uma comunidade de diálogo (art. 6º).

Sendo assim, precisa-se redimensionar o contraditório, agora também entendido como a capacidade de ser ouvido antes da decisão, como a possibilidade de influenciá-la previamente, por intermédio do diálogo judicial. Trata-se de superar a clássica concepção do binômio “informação-reação”<sup>1611</sup> ou da mera noção de “bilateralidade da audiência”<sup>1612</sup>, no sentido de que a legitimidade judicial decorreria apenas da participação no procedimento ou do “direito de ser ouvido”<sup>1613</sup>. Essa noção clássica, que retrata uma visão individualista do processo, não é mais compatível com o atual modelo do Estado Democrático de Direito, que exige a incorporação de outras funções e efeitos ao contraditório, especialmente na sua configuração como direito de influência e dever colaborativo<sup>1614</sup>.

Em outras palavras, o contraditório, que já foi concebido como a mera necessidade de informação acerca dos atos processuais e evoluiu para possibilidade de participação procedimental<sup>1615</sup>, é compreendido, modernamente, como o “direito de influenciar”<sup>1616</sup>, no sentido de se garantir às partes a possibilidade de atuar ativamente sobre o desenvolvimento

<sup>1610</sup> CALAMANDREI, Piero. “Justiça e política: sentença e sentimento”. *Processo e democracia: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 84.

<sup>1611</sup> Nesse sentido, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. “O princípio do contraditório e sua dupla destinação”. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-528. No direito italiano, Cf. LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 394.

<sup>1612</sup> MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945, p. 47.

<sup>1613</sup> Conforme dispõe o artigo 103 (“direitos fundamentais perante os tribunais”), (1), da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, “Perante o tribunal, todos têm o direito de ser ouvido”.

<sup>1614</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “Princípio do contraditório”. *Dicionário de princípios jurídicos*. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flávio Galdino organizadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 194-195.

<sup>1615</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 150. No Brasil, Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 112-113.

<sup>1616</sup> RIBEIRO, Darcy Guimarães. “A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos (Mestrado e Doutorado), n. 10. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

do processo e sobre o êxito do julgamento<sup>1617</sup>. São incluídas, dessa forma, na atual definição da jurisdição estatal, ideias de democracia deliberativa e objetivos políticos por meio do processo.

### 6.2.2 Cooperação e diálogo processual como avanço democrático

Pelo que foi visto no item anterior, ouvir anteriormente todos aqueles que, em princípio, serão atingidos pela decisão é um procedimento genuinamente democrático. É que o exercício do poder, na democracia, não pode ser arbitrário, e sua legitimação decorre do procedimento participativo e do aspecto policêntrico das estruturas decisórias<sup>1618</sup>, o que demonstra que a vontade do jurisdicionado e da sociedade é algo absolutamente essencial a um modelo de jurisdição que se pretende adjetivar de “democrático”<sup>1619</sup>.

A ideia básica, nesse contexto, reside no fato de que a sociedade pode exercer influência nos atos decisórios estatais mediante a argumentação discursiva, e o contraditório, na perspectiva das partes, é o princípio processual que materializa esse procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo. Tudo isso parece demonstrar o rompimento com a tradição histórica do processo civil brasileiro, compromissada com os ideais de publicismo e com uma postura judicial regida pelo princípio do inquisitório.

A tradição brasileira sempre confiou ao Estado a tarefa de organizar a nação e promover, dentro da ordem, o desenvolvimento econômico e social<sup>1620</sup>, e, nesse sentido, não foi difícil sofrer influência da cultura europeia do início do século XX<sup>1621</sup>, especialmente da

---

<sup>1617</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffré, 1974, p. 371.

<sup>1618</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. “Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 83, jul./dez. 2010.

<sup>1619</sup> NUNES, Dierle. “Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático”. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 360.

<sup>1620</sup> Entendendo que, por influência do direito canônico, a tradição brasileira parte da crença de que o juiz é o senhor da verdade, ou seja, no credo de que ele, em sua atividade, “declara o que é certo e que este é o verdadeiro caráter da atividade eminentemente jurisdicional”, Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. “A importância do novo CPC para o desenvolvimento do processo civil: consequência da consolidação da jovem escola brasileira”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 226, p. 392, dez. 2013.

<sup>1621</sup> Historicamente, observa-se que a ordem jurídica medieval colocava-se além da ideia de poder político, e, nesse sentido, não é equivocado afirmar-se que a noção de processo, como método de solução de conflitos, não era uma exclusividade estatal. Assim, o fundamento do processo medieval não estava na vontade dos governantes da sociedade, mas sim na dialética e na ética, de modo que o processo era compreendido como um complexo de conhecimentos transmitidos ao longo da História, formado por regras deontológicas e técnicas que eram reorganizadas, aperfeiçoadas e atualizadas pelas gerações seguintes. É característica do direito comum clássico a incidência da regra *audiatur et altera pars* (contraditório), que disciplinava a relação isonômica

doutrina publicista acerca do código austríaco de 1895, do projeto Chiovenda de 1919 para a Itália e do código português de 1926. Os pensamentos jurídicos de Franz Klein, Giuseppe Chiovenda e José Alberto dos Reis influenciaram a formação do CPC/1939, sempre na perspectiva do fortalecimento estatal como instrumento de realização de valores públicos<sup>1622</sup>.

Franz Klein<sup>1623</sup>, por exemplo, foi influenciado por uma ideia anterior no sentido de que uma das missões do juiz era instruir os jurisdicionados mais pobres acerca de seus direitos (juiz-educador), evitando uma postura de passividade<sup>1624</sup>. Dessa forma, diante da

estabelecida no processo. Esse cenário, todavia, alterou-se no final do século XVII, com o fato de a jurisdição passar a ser concebida como expressão da soberania estatal, tornando a relação processual assimétrica, pois baseada, a partir daí, na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática que estava se enraizando. O processo, assim, tornou-se assimétrico, inclusive com reflexos na investigação da verdade, agora não mais entendida como “provável”, decorrente do debate judicial, mas sim como um dado histórico absoluto, que podia ser perseguido pelo juiz até mesmo sem contraditório. Entre os séculos XVII e XIX, o Estado monopolizava a jurisdição, criando uma estrutura de juízes como funcionários estatais burocráticos que tinham a missão de cumprir os códigos legislativos, considerados, inclusive, como expressão das concepções ideológicas do Estado que respectivamente os emanou. Nesse cenário, surgiram dois modelos ideológicos no século XIX: o liberalismo processual e o socialismo processual. Pelo primeiro modelo (liberalismo processual), havia o protagonismo das partes no processo, de modo que o juiz tinha uma postura meramente passiva na relação processual. Diversamente, de acordo com o segundo, também chamado de “modelo social de processo”, este passa a ser concebido como instituição do Estado que tem como objetivo não apenas assegurar a resolução do litígio entre as partes, mas sim, na linha de Menger e Klein, proporcionar o bem-estar social. É inegável, neste caso, que, como forma de afastar os efeitos deletérios do liberalismo e de melhorar as técnicas processuais, a atuação do juiz fosse proativa. Nesse sentido, Cf. MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. “O que é um modelo democrático de processo?”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 73, p. 183-206, jan./abr. 2013.

<sup>1622</sup> A História demonstra que as técnicas processuais sofreram processo evolutivo proporcional às transformações ideológicas e culturais das sociedades. Por exemplo, houve uma época na Itália, assim como no restante da Europa, que o pensamento dominante era no sentido de que o processo era assunto exclusivo das partes privadas, no exercício de sua autonomia e liberdade. Diante da sociedade liberal da época, era plenamente aceitável o modelo processual do CPC italiano de 1865, marcado pelo formalismo, pela duração excessiva e pelos elevados custos, pois era reflexo, inclusive, da estratificação econômica e social. Esse modelo processual, todavia, andou em crise, por conta das transformações econômicas e sociais da época, exigindo da doutrina reflexões sobre a função social do processo em virtude da atuação do direito substancial. Assim, por influência de Ludovico Mortara e Giuseppe Chiovenda, a doutrina do século XIX vai cedendo espaço para a publicização do processo, que deixa de ser algo que diz respeito apenas às partes, para ser visto como um ambiente onde o Estado exprime a sua autoridade, e que objetiva não apenas a tutela de interesses privados, mas também públicos, inerentes à administração da justiça. A partir daí, o publicismo passou a delinear as técnicas processuais, no intuito de dar eficiência quanto ao alcance dos escopos do processo, não havendo mais espaço, desde o início do século XX, para a indiferença quanto à qualidade das decisões. Em uma perspectiva publicista, passa-se a exigir da jurisdição técnicas compatíveis com as necessidades da tutela do direito material posto em juízo. Observa-se, pelas reformas processuais iniciadas no início dos anos 90, que essa tendência tem durado até os dias de hoje na Itália, que, não obstante o avanço e a profundidade de sua doutrina, procura se livrar da pecha de justiça mais ineficiente e lenta da Europa. Nesse sentido, Cf. TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 188. TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 72-74, mar. 2009.

<sup>1623</sup> Para uma reflexão mais profunda, a partir da realidade italiana, acerca das ideias de Franz Klein, com ênfase no incremento dos poderes do juiz, inclusive gerenciais, originando o publicismo processual e, com efeito, rompendo com a lógica liberal de processo, Cf. CIPRIANI, Franco. “Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, n. 4, p. 968-1004, 1995.

<sup>1624</sup> MENGGER, Antonio. *El derecho civil y os pobres*. Versión española, revisada y corregida, de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaia, 1947, p. 32 e 65-68.

influência de correntes socialistas<sup>1625</sup> sobre o processo, este deveria ser visto como um instituto de direito público, destinado, ao lado da tutela de interesses privados, a proporcionar o bem-estar social<sup>1626, 1627</sup>.

Essas ideias do modelo austríaco influenciaram boa parte dos países da Europa<sup>1628</sup>. Na Itália, por exemplo, o CPC de 1940, ao adotar a figura do juiz-instrutor, abraçou esse modelo mais ativista<sup>1629</sup>, e tanto isso é verdade, que Chiovenda, ferrenho crítico do modelo liberal de processo que imperava sob a égide do CPC de 1865, passou a defender, com inspiração em Anton Menger<sup>1630</sup>, um novo vínculo entre as iniciativas das partes e do juiz<sup>1631</sup>, por intermédio da ampliação dos poderes deste<sup>1632</sup>, como forma de adaptar o processo às necessidades sociais<sup>1633</sup>. Com efeito, ampliam-se as teses a favor da oralidade, concentração e

---

<sup>1625</sup> Observa-se, historicamente, que, ao longo dos séculos XIX e XX, surgiram inúmeras correntes doutrinárias que exerceram e ainda exercem influência sobre as concepções de Estado e sua relação com a sociedade, algumas radicais e outras não. Ilustrativamente, podem-se citar: o socialismo científico, capitaneado por Karl Marx e Friedrich Engels; o anarquismo, cujo principal precursor foi Pierre-Joseph Proudhon e as correntes Neomarxistas, de Georg Lukács e Antonio Gramsci.

<sup>1626</sup> É interessante observar que os escritos de Franz Klein influenciaram o processo civil alemão durante o século XX, rompendo com a legislação processual anterior, de 1877, que era marcada pelos valores liberais de processo. A ZPO austríaca, de 1895, passou a adotar um modelo de processo civil de caráter assistencial, formando o que se entende, atualmente, por “concepção social de processo”, em que o juiz, como realizador do interesse público, deveria ter uma participação mais efetiva, utilizado a jurisdição como instrumento de alcance do bem-estar social. Nesse sentido, Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”*. São Paulo: LTr, 2016, p. 587.

<sup>1627</sup> TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 18-19, 20-21 e 124.

<sup>1628</sup> Luis Correia de Mendonça advoga a tese de que essas ideias do final do século XIX infectaram o processo civil europeu como se fosse um “vírus autoritário”. Uma exceção digna de destaque é o modelo espanhol, que, de certo modo, permaneceu vinculado ao modelo liberal-democrático. Mas, no caso português, por exemplo, o modelo processual assumiu feição inquisitória, marcadamente publicista, com ampliação dos poderes discricionários do juiz. Cf. MENDONÇA, Luis Correia de. “Vírus autoritário e processo civil”. *Julgar*, n. 1, p. 67-98, 2007.

<sup>1629</sup> RICCI, Gian Franco. “Il processo civile fra ideologie e quotidianità”. *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2005, p. 240-242.

<sup>1630</sup> Entende, nesse sentido, Michele Taruffo, embora ressalte que Chiovenda não se aprofundou no tema do “processo como instrumento de justiça social”, nem se preocupou em elaborar reformas que assegurassem acesso igual por todos às formas de tutela jurisdicional. Michele Taruffo ressalta também que as escolhas de Chiovenda por um processo público, ao invés de um processo como “assunto privado das partes”, movem-se mais por razões técnicas do que razões ideológicas. Cf. TARUFFO, Michele. “Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XL, n. 4, p. 1156-1157 e 1161, dic. 1986.

<sup>1631</sup> Registre-se, todavia, que se apresentou de forma diferente, no particular, o projeto de 1926 de Carnelutti, que não sofreu influências de Anton Menger. Nesse sentido, por exemplo, Carnelutti repudiava uma configuração de processo que impedisse o livre “jogo das partes”. Cf. DENTI, Vittorio. “Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno L, n. 2, p. 412-413, giu. 1996.

<sup>1632</sup> TARUFFO, Michele. “Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XL, n. 4, p. 1152, dic. 1986.

<sup>1633</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. “Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno”. *Saggi di diritto processuale (1900-1930)*. Vol. 1. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 385-393.

impulso oficial<sup>1634</sup>, sob o comando gerencial do juiz<sup>1635</sup>, sem prejuízo da neutralização da liberdade das partes<sup>1636</sup>. Nesse sentido, na perspectiva do processo civil português, José Alberto dos Reis enfatizou que se deveria romper com o modelo clássico de processo, construído sobre a concepção francesa da inércia e da passividade do juiz, para um paradigma que reserve ao juiz uma postura ativa, de intervenção direta e eficaz na instrução da causa e na marcha do processo<sup>1637</sup>. Há, assim, um rompimento com a tradição processual brasileira, para uma concepção publicista de processo com a chegada do CPC/1939<sup>1638, 1639</sup>.

É interessante observar que o CPC/1973, embora com aperfeiçoamentos técnico-formais e algumas relevantes inovações substanciais, apresentou-se quase como uma réplica do CPC/1939, ou seja, não rompeu paradigmas quanto ao modo como o processo civil atua sobre a vida dos direitos ou a aspectos de legitimação democrática do procedimento judicial, inclusive pelo fato de ainda serem precárias as concepções do acesso à justiça, da instrumentalidade do processo e da própria garantia do contraditório<sup>1640</sup>.

Em outros termos, em suas origens, o CPC/1973, apesar de centrado na técnica e na neutralidade científica, ou seja, na indiferença social que se amoldava aos valores liberais que encamparam a teoria da relação jurídica, manteve-se atrelado ao princípio do inquisitivo na condução do procedimento<sup>1641</sup>, sem qualquer cultura voltada ao diálogo democrático entre o juiz e as partes<sup>1642</sup>. Ilustrativamente, vigorava uma atuação oficial, especialmente quanto às matérias de ordem pública, a exemplo do que se observava em relação ao tratamento do efeito translativo recursal, ou seja, a partir de uma perspectiva publicista<sup>1643</sup>, o juiz decidia sobre

<sup>1634</sup> TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 85.

<sup>1635</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. “Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali”. *Saggi di diritto processuale (1900-1930)*. Vol. 1. Roma: Foro Italiano, 1930, p. 423.

<sup>1636</sup> CIPRIANI, Franco. “Il processo civile nello Stato democratico”. *Il processo civile nello stato democratico (Saggi)*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2006, p. 10-11.

<sup>1637</sup> REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2. ed. atual. Coimbra: Coimbra, 1929, p. 207-208.

<sup>1638</sup> A tradição processual brasileira, manifestada nas Ordenações, no Regulamento 737, de 1850, e nos Códigos Estaduais, sempre foi influenciada pelo paradigma francês, que tinha no juiz um sujeito sem expressão no processo, praticamente inerte, pois vinculado o princípio do dispositivo. Com o CPC/1939, todavia, esse cenário muda, quando o juiz passou a atuar inquisitorialmente em nome do interesse público.

<sup>1639</sup> RAATZ, Igor; SANTANNA, Gustavo da Silva. “Elementos de história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973”. *Justiça & História*, v. 9, p. 83-105, 2009.

<sup>1640</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 65-66, set. 2015.

<sup>1641</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 58-59.

<sup>1642</sup> No sentido de que um processo equitativo e justo pressupõe um diálogo equilibrado entre o juiz e as partes, Cf. CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010, p. 183 e 385.

<sup>1643</sup> Sobre os fundamentos do publicismo, Cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 71-74.

tudo, e não havia maiores espaços reservados às partes quanto ao debate prévio e à condução do procedimento.

O cenário somente mudou agora, com a chegada do CPC/2015, que se destaca pelo contraditório como “influência prévia” e pelo modelo cooperativo de processo<sup>1644</sup>. Como se percebe, as fases metodológicas anteriores (“praxismo”, “processualismo” e “instrumentalismo”) cederam espaço ao modelo de processo do Estado Constitucional, marcado, quanto à divisão de trabalho entre os participantes do processo<sup>1645</sup>, não pela isonomia ou pela assimetria, mas sim pela cultura procedimental cooperativa, equilibrada e democrática<sup>1646, 1647</sup>.

É preciso, todavia, avançar um pouco mais. Além de representar uma garantia de manifestação paritária no processo<sup>1648</sup>, o contraditório substancial impõe deveres, disciplinando comportamentos<sup>1649</sup>. Se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos da jurisdição. As partes, pois, em igualdade de condições, devem contribuir eticamente para a resolução do conflito<sup>1650</sup>.

Acontece que o moderno contraditório desenvolve-se em um complexo jogo de interações de que também participa o juiz<sup>1651</sup>, que, por conta disso, passa a ter as seguintes atribuições: a) dever de atenção e consideração aos argumentos das partes<sup>1652</sup>; b) obrigação de instalar verdadeiro debate judicial sobre as questões fático-jurídicas discutidas. Esses deveres,

---

<sup>1644</sup> Sobre a importância da cooperação como princípio orientador do comportamento das partes no processo, por todos, Cf. GREGER, Reinhard. “Cooperação como princípio processual”. Traduzido por Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 123-133, abr. 2012.

<sup>1645</sup> Conforme preleciona José Carlos Barbosa Moreira, o problema da “divisão do trabalho”, no processo, entre juiz e partes é variável no tempo e no espaço, sob a influência de numerosos fatores. Dentre os modelos existentes, à escolha dos teóricos, legisladores e aplicadores das leis processuais, há os regimes de “monopólio” das partes ou do órgão judicial e o de atribuição das tarefas e responsabilidades em doses iguais a este e àqueles. Nesse sentido, Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 35-45.

<sup>1646</sup> ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 63.

<sup>1647</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 21-52.

<sup>1648</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 109.

<sup>1649</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões motivadas”. *O novo CPC e o processo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Waldir Oliveira da Costa*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 91.

<sup>1650</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. “O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, jul. 2012, p. 361.

<sup>1651</sup> TROCKER, Nicolò. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LV, n. 2, p. 394, giu. 2001.

<sup>1652</sup> NUNES, Dierle. “A função contrafática do direito e o novo CPC”. *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 53, mai. 2015.

como manifestação de lealdade processual<sup>1653</sup>, devem ser observados pelo juiz<sup>1654</sup>, pois há um “simbolismo democrático” que deve ser considerado no sentido de que as partes não podem ser surpreendidas com uma decisão em relação a fundamento que não tiveram oportunidade de debater anteriormente com o juiz, ou seja, a manifestação das partes deve ser anterior à decisão, e o juiz tem o dever de levá-la em consideração, para refutar ou acolher os argumentos<sup>1655</sup>.

A Ditadura é o ambiente em que se prende ou se executa primeiro, para, depois, garantir-se o contraditório. Este, em regimes ditatoriais, quando existente, é sempre posterior à decisão, nunca antes, pois o que vale mesmo é a vontade dos representantes do regime. Nos regimes totalitários, o contraditório é só um procedimento formal, para confirmar uma decisão já tomada no início do processo<sup>1656</sup>. Na democracia, em sentido diametralmente contrário, primeiro se dialoga com as partes, para, só após, proferir-se a decisão, que pressupõe, no contexto do caso, o enfrentamento hermenêutico dos argumentos de debate e o reconhecimento de que a fonte de legitimação decisória passa pela manifestação popular, por intermédio da autonomia da vontade e do respeito aos textos normativos aplicáveis. Nesse sentido, há forte simbolismo, em termos de consciência sobre a necessidade de tornar o ambiente democrático, no procedimento do juiz que dialoga com as partes e as ouve antes dos julgamentos<sup>1657</sup>.

Essa disciplina não é exclusiva do Brasil. Alguns ordenamentos jurídicos europeus, como os da França (art. 16)<sup>1658</sup>, Alemanha<sup>1659</sup> (§ 139), Itália (art. 183), Áustria (§ 182a) e Portugal (art. 207), também impõem aos juízes o dever quanto ao estabelecimento de debate

<sup>1653</sup> FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT, 2017, p. 412.

<sup>1654</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 61.

<sup>1655</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “Princípio do contraditório”. *Dicionário de princípios jurídicos*. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flávio Galdino organizadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 202.

<sup>1656</sup> CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Traducción del Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: EJE, 1960, p. 151-154.

<sup>1657</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 75, set. 2015.

<sup>1658</sup> Art. 16 do CPC francês: “*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*”.

<sup>1659</sup> Conforme preleciona Rolf Stürner, a eficiência do processo civil alemão deve-se ao diálogo estabelecido entre o tribunal e as partes, inclusive evitando a surpresa nas decisões por meio de advertências sobre questões não esclarecidas de maneira suficiente. Cf. STÜRNER, Rolf. “Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil”. Tradução de Márcio Flávio Mafra Leal. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 193, p. 359, mar. 2011.

judicial, inclusive em relação às matérias que devam conhecer de ofício<sup>1660</sup>, sob pena de nulidade da decisão<sup>1661</sup>. Logo, o conteúdo da decisão é irrelevante, pois, além de o contraditório preventivo ser elemento essencial do justo processo<sup>1662</sup>, aqui visto em sua perspectiva substancial<sup>1663</sup>, o que importa é o simbolismo de a decisão estatal ser posterior ao debate social<sup>1664</sup>.

<sup>1660</sup> GRADI, Marco. “Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della ‘terza via’”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV (Seconda Serie), n. 4, p. 826-848, lug./ago. 2010.

<sup>1661</sup> LUISO, Francesco Paolo. “Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXV, suplemento al n. 1, p. 69, mar. 2011. Na doutrina brasileira, por todos, Cf. MALLETT, Estêvão. “Notas sobre o problema da chamada ‘decisão-surpresa’”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 23, p. 643, jul. 2014. Registre-se, por oportuno, que Sergio Chiarloni, apesar de reconhecer a importância do contraditório prévio acerca das matérias de ordem pública, advoga a tese de que, se houver decisão-surpresa acerca desses temas, a nulidade posterior da decisão seria um formalismo que acaba fazendo com que o processo se volte contra o seu fim. Cf. CHIARLONI, Sergio. “Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e ‘formalismo delle garanzie’”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 83-93, out. 2012.

<sup>1662</sup> FERRI, Conrado. “Sull’effettività del contraddittorio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 3, p. 794-795, sett. 1988. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, por todos, Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Processo justo e contraditório dinâmico”. *Processo coletivo e outros temas de direito processual*. Homenagem aos 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Organização de Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Junior e Mariângela Guerreiro Milhoranza. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 271.

<sup>1663</sup> TROCKER, Nicolò. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LV, n. 2, p. 386, giu. 2001.

<sup>1664</sup> Essa constatação demonstra, por exemplo, que o argumento de que a exigência ou a previsão legal de determinadas matérias, como as de ordem pública, não tem o condão de afastar a regra, pois, ao invés de prestigiar um ambiente de prévio debate democrático, estimula uma postura inquisitória e de razão exclusivamente estatal. É equivocada, portanto, a posição assumida pelo art. 4º, § 2º, da IN 39/2016 do TST: “Não se considera ‘decisão surpresa’ a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário”. É preciso perceber que toda essa perspectiva democrática do Código de Processo Civil deve ser aplicada aos processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho, e esse fato não representa qualquer retrocesso. Pelo contrário, pode-se até mesmo dizer que, em algumas situações, servirá para corrigir algumas arbitrariedades procedimentais, a exemplo da disciplina da descon sideração da personalidade jurídica (arts. 133-137) e do novo critério de reconhecimento da fraude à execução quanto ao terceiro de boa-fé (art. 792, § 4º). Ainda que a finalidade seja nobre, “tutelar o crédito alimentar trabalhista”, não se pode perder de vista que, no Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Quem exerce poder, no regime democrático, não o exerce livremente, sujeitando-se apenas a sua vontade. Em outras palavras, por mais bem intencionado que o juiz do trabalho esteja, é certo que a sua atividade encontra limitações na ordem jurídica, a começar pelo próprio respeito ao Direito. Assim, no confronto “vontade do juiz” x “vontade da sociedade”, esta deve prevalecer na exata medida do respeito aos limites semânticos dos textos elaborados pelo legislador democrático. Muitas vezes, justifica-se a inaplicabilidade do CPC na Justiça do Trabalho sob o argumento de que a “celeridade” é um valor inerente ao processo do trabalho. Esse argumento, repetido há gerações, não se sustenta, pois a celeridade é um valor que também deve ser observado nos outros ramos do Poder Judiciário, os quais também lidam com verbas alimentares (alimentos do Direito de Família, causas previdenciárias etc.) e outros direitos que reclamam tutela jurisdicional igualmente urgente (questões de saúde pública, relações de consumo envolvendo idoso, dano ambiental irreversível etc.). É preciso, portanto, um pouco de humildade na condução do processo trabalhista, que também deve respeito ao princípio democrático e aos direitos fundamentais. Na realidade, como a busca de uma tutela jurisdicional tempestiva é um fim inerente a qualquer processo, já passou da hora de acabar com o preconceito recíproco que existe entre o processo civil e o processo do trabalho, como se fossem ramos do Direito completamente diferentes e incompatíveis. Observe-se que o olhar e a sensibilidade diferenciados que justificam a especialização da Justiça do Trabalho devem existir no campo do direito material, pois, sob o prisma processual, revela-se fundamental a observância das disposições inerentes à cláusula do devido processo legal. Fugir dessa perspectiva, sinceramente, significa adotar uma postura paternalista e inquisitória, que, não obstante

Enfim, a regra é o debate prévio, evitando-se a prolação de decisões-surpresa, principalmente nas que acarretam efeito executivo de imediato contra terceiros<sup>1665</sup>, e as exceções a essa regra devem ser perfeitamente justificadas no contexto do sistema jurídico-processual e devem ser tratadas como tais, a exemplo das exceções previstas no art. 10 do CPC/2015.

Nesse sentido, o contraditório deve ser analisado em conjunto com o “dever de cooperação”<sup>1666</sup>, pois, em uma perspectiva democrática e avessa ao autoritarismo judicial, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º)<sup>1667</sup>. Evoluiu-se, assim, de processos judiciais que, em seus respectivos momentos históricos, estavam fortemente comprometidos com o princípio do dispositivo ou com uma postura inquisitorial, para um modelo cooperativo, no qual o processo é visto como uma comunidade de diálogo, privilegiando o trabalho processual em conjunto e equilibrado do juiz e das partes<sup>1668</sup>.

Observe-se que, ainda que seja questionável a existência de um dever de cooperação entre as próprias partes litigantes<sup>1669</sup>, é certo que, na relação estabelecida entre o poder

bem intencionada, flerta com o autoritarismo judicial, postura absolutamente incompatível com o garantismo assegurado pelo Estado Democrático de Direito. É lógico que a legislação, por si, não tem a capacidade de mudar a cultura. Esse fato pode até acontecer, mas não é comum, pois os valores sociais vão mudando paulatinamente. Todavia, é certo que, pelo que se observa em suas normas fundamentais, o CPC/2015 pretende ser um marco objetivo de transição cultural (mudança de mentalidade), e esse conjunto normativo, indubitavelmente, pode ser aplicado na Justiça do Trabalho, quando se interpreta o art. 15 na perspectiva das teorias dos “diálogos das fontes” e das “lacunas axiológicas”.

<sup>1665</sup> Essa manifestação do contraditório como influência prévia é significativa, por exemplo, nos procedimentos relativos ao reconhecimento da possibilidade de desconexão da personalidade jurídica (arts. 133-137 do CPC) e da ocorrência de fraude à execução (art. 792, § 4º, do CPC).

<sup>1666</sup> O juiz, como sujeito da cooperação processual, tem o dever de dialogar com as partes, sendo-lhe vedado decidir de forma unilateral e, com efeito, arbitrariamente. Nesse sentido, Cf. AURELLI, Arletti Inês. “Normas fundamentais no código de processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 271, p. 35, set. 2017.

<sup>1667</sup> Pode-se dizer que, na Inglaterra, mesmo reconhecendo o poder de gestão processual do juiz, a regra 1.4 das *Civil Procedure Rules* também estimula as partes a cooperarem entre si e na condução do processo. No geral, estabelece a regra que o tribunal deve promover a tutela jurisdicional por intermédio da gestão ativa dos casos. Nessa perspectiva, esse gerenciamento inclui o seguinte: a) encorajar as partes a cooperarem entre si na condução do processo; b) identificar os problemas em uma fase precoce; c) decidir prontamente quais questões precisam de investigação e julgamento completo e, portanto, descartando sumariamente os outros; d) decidir a ordem em que as questões devem ser resolvidas; e) encorajar as partes a usar um procedimento alternativo de resolução de litígios, se o tribunal considerar apropriado e facilitar o uso desse procedimento; f) ajudar as partes a resolver a totalidade ou parte do caso; g) fixar horários ou controlar o progresso do caso; h) considerar se os benefícios prováveis de tomar um passo específico justificam o custo de levá-lo; i) lidar com tantos aspectos do caso quanto possível na mesma ocasião; j) lidar com o caso sem as partes que precisam comparecer no tribunal; k) fazer uso da tecnologia; e, l) dando instruções para garantir que o julgamento de um caso prosseguir rápida e eficientemente.

<sup>1668</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

<sup>1669</sup> Daniel Mitidiero entende que a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. Estas, em sua concepção, não querem colaborar entre si. Nesse sentido, defende que o dever de colaboração é relativo ao

jurisdicional e a sociedade, o modelo cooperativo adotado pelo CPC/2015 apresenta uma ruptura radical quanto ao sistema do CPC/1973, marcado por uma linha inquisitorial<sup>1670</sup>.

Para facilitar a compreensão do que se afirmou, impõe-se perceber, com base na lição de Daniel Mitidiero<sup>1671</sup>, que esse modelo cooperativo estrutura-se a partir de pressupostos culturais que podem ser enfocados sob os ângulos “social”, “lógico” e “ético”. Do ponto de vista social, o Estado Constitucional de modo nenhum pode ser confundido com o Estado-Inimigo. Do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do caráter problemático do Direito, reabilitando-se a sua feição argumentativa, ou seja, pressupõe a distinção entre texto e norma e o caráter reconstrutivo da interpretação jurídica. Do ponto de vista ético, o processo pautado pela cooperação é um processo orientado pela busca tanto quanto possível da verdade e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva<sup>1672</sup>, sendo igualmente seu destinatário o juiz<sup>1673</sup>.

A dimensão dialética do processo exige renovada compreensão do contraditório<sup>1674</sup>, e o modelo processual cooperativo, nesse sentido, estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo, por decorrência dos seus deveres de esclarecimento, de prevenção, de auxílio e de diálogo com os litigantes, regras essas que são formuladas na perspectiva do princípio da primazia do julgamento de mérito, inclusive no âmbito recursal<sup>1675</sup>, e dos demais cânones do formalismo-valorativo.

Nessa seara, impõe-se observar que o dever de esclarecimento constitui o dever de o tribunal se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, procurando-se, inclusive, evitar mal-entendidos na

juiz para com as partes. Cf. MITIDIERO, Daniel. “A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro”. *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 49, mai. 2015.

<sup>1670</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60.

<sup>1671</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 52-97.

<sup>1672</sup> Em sentido contrário, defendendo que, como as partes apresentam interesses contrapostos no processo, o modelo cooperativo de processo não pode impor às partes o dever de se comportar de boa-fé (atitude comissiva), apenas delas pode exigir o dever de não se comportar de má-fé (comportamento negativo), Cf. AROCA, Juan Montero. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. *Proceso civil e ideología*. Juan Montero Aroca coordenador. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 168-171.

<sup>1673</sup> Sobre os poderes e deveres processuais do juiz, Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral (institutos fundamentais)*. Tomo 1, Vol. 2. São Paulo: RT, 2015, p. 890-962.

<sup>1674</sup> TARUFFO, Michele. “Sobre a complexidade da decisão judicial”. Tradução de Sandra Vial. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 102-103.

<sup>1675</sup> Sobre o princípio da primazia do julgamento de mérito recursal, Cf. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal*. Florianópolis: Conceito: 2015, p. 81-102.

comunicação processual<sup>1676</sup>. Quanto ao dever de prevenção, deve o juiz prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser frustrado pelo uso inadequado do processo, ou seja, o juiz, sem perder a sua condição de terceiro imparcial, deve alertar a parte de que o uso equivocado do processo — ou o equívoco na forma processual — pode obstar o exame do mérito<sup>1677</sup>. Já pelo dever de auxílio, o juiz tem o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou mesmo o cumprimento de ônus ou deveres processuais<sup>1678</sup>. Finalmente, o modelo cooperativo pressupõe a obrigação de diálogo e consulta por parte do juiz antes de decidir alguma questão, possibilitando que as partes tentem influenciá-lo previamente<sup>1679</sup>.

Por conta desse dever de diálogo, não custa insistir, o CPC/2015 veda que seja proferida decisão sobre questões da causa sem que ocorra prévio contraditório (arts. 7º, 9º e 10), que, agora, tem feição dinâmica, substancial e participativa, mesmo que se trate de matéria de ordem pública<sup>1680</sup>. É nítido, assim, o rompimento com uma postura inquisitorial, redimensionando, inclusive, o procedimento de aplicação do efeito translativo recursal<sup>1681</sup>. Ademais disso, a fundamentação deve guardar congruência com os argumentos determinantes

<sup>1676</sup> Ilustrativamente, observe-se a seguir o que dispõem os arts. 139, VIII, e 321 do CPC/2015. Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso [...]. Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. *Parágrafo único*. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

<sup>1677</sup> É o caso, por exemplo, dos arts. 317 e 932, parágrafo único, do CPC/2015, conforme se observa em seguida. Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Art. 932. Incumbe ao relator: [...] *Parágrafo único*. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

<sup>1678</sup> A distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º) e a própria ampliação dos poderes executivos do juiz (art. 139, IV) demonstram uma preocupação do CPC/2015 com a possibilidade de o juiz auxiliar as partes na concretização da tutela jurisdicional. Outro exemplo que confirma o que se disse é o art. 772, III, que dispõe que o juiz pode, em qualquer momento do processo, “determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável”.

<sup>1679</sup> Observe-se que o CPC/2015 estimula o diálogo entre o juiz e as partes no processo, quando permite entre eles, por exemplo, a calendarização do procedimento (art. 191) e o saneamento conjunto nas causas complexas (art. 357, § 3º).

<sup>1680</sup> NUNES, Dierle. “Normas fundamentais do processo civil. Comentários ao art. 10 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

<sup>1681</sup> O CPC disciplinou o conhecimento, de ofício, de matérias de ordem pública durante o procedimento recursal da seguinte forma: “Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º. Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente. § 2º. Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores”.

formulados pelas partes (art. 489, § 1º, IV), condicionando, por exemplo, a aplicação da regra *iura novit curia* ao prévio diálogo<sup>1682</sup>, ou seja, no sistema jurídico atual, não se pode julgar com base em fundamento fático ou jurídico sobre o qual as partes não tenham potencialmente controvertido, incluídas, repita-se, até as questões de ordem pública<sup>1683</sup>. Nessa perspectiva, como já visto neste estudo, a fundamentação da sentença não pode mais ser visualizada como simples demonstração do raciocínio pelo qual o juiz chegou à parte dispositiva<sup>1684</sup>.

### **6.2.3 Para além do publicismo e do protagonismo judicial: autorregramento processual pelas partes e simbolismo democrático**

Como visto, a manifestação prévia da vontade das partes passou a ser algo absolutamente essencial, para que o processo seja caracterizado como democrático. O debate judicial passou a ser, como regra, algo anterior às decisões, e, nesse sentido, pode-se dizer que há um simbolismo muito grande nesse modelo procedimental, pois, em convergência com os valores democráticos, demonstra-se às partes e à própria sociedade que elas são relevantes na condução dos atos estatais.

Não custa repetir que, em regimes de índole mais autoritária, o procedimento é diferente, pois, diante da forte presença do princípio do inquisitivo<sup>1685</sup>, como regra, decide-se primeiro para, somente em seguida, supostamente se assegurar aos interessados o direito de defesa e questionamento<sup>1686</sup>. Logo, como a participação das partes, nesse modelo, é

---

<sup>1682</sup> Defendendo essa posição ainda sob a vigência do CPC/1973, Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 168. No mesmo sentido, Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 163. Não restam dúvidas, atualmente, de que a aplicação da máxima *iura novit curia* condiciona-se ao debate prévio sobre os elementos fático-jurídicos, abraçado à ideia de inseparabilidade entre fato e norma. Nesse sentido, Cf. LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014, p. 214. A doutrina, no particular, defende que o princípio da demanda e a garantia do contraditório são, respectivamente, limite e condição para a aplicação da máxima *iura novit curia*. Nesse sentido, Cf. DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 310.

<sup>1683</sup> NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. “Novo CPC, o ‘caballo de Tróya’ *iura novit curiae* e o papel do juiz”. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 209, jul./set. 2014.

<sup>1684</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2015, p. 143-158.

<sup>1685</sup> Em sentido contrário, vinculando o princípio do inquisitivo apenas à possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz, Cf. NIEVA-FENOLL, Jordi. “La cativa reputazione del principio inquisitorio”. Traduzione di Diego Volpino. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 3, sett. 2014, p. 951 e 954.

<sup>1686</sup> Nas ditaduras e outros regimes autoritários, no âmbito do processo penal, prende-se primeiro, não obstante, posteriormente, pelo menos em tese, é assegurado o direito à impetração de *habeas corpus*. As alegações da parte interessada, desse modo, apresentam-se como atos meramente formais e até mesmo desprezíveis, pois o que importa, exclusivamente, é a razão estatal, manifestada em uma decisão que já tinha sido tomada. De igual modo, o autoritarismo judicial, no processo civil, revela-se em modelo que, como regra, permite que sejam

meramente formal, já que a decisão já foi tomada, revela-se correta a conclusão de que um sistema processual dessa natureza não se apresenta compatível com a essência do devido processo em um ambiente verdadeiramente democrático, que pressupõe a regra da consideração prévia das manifestações das partes no intuito de influenciar a tomada de decisão<sup>1687</sup>.

Precisa-se ter o cuidado, nessa perspectiva, para que os valores do publicismo processual não sejam divergentes da força normativa que decorre do garantismo processual, que assegura a incidência de direitos fundamentais no âmbito do processo. Em outros termos, se não for adequadamente compreendido, o publicismo processual, que faz parte da tradição brasileira, tende a limitar os avanços democráticos do garantismo processual<sup>1688</sup>.

É que a concepção publicística de processo, a qual se forjou sob as bases de uma reação ao individualismo do Estado Liberal, procurou afastar a figura conservadora do juiz. Este, inerte e passivo diante do litígio, serviria apenas aos propósitos da dominação política, uma vez que o formalismo excessivo fomentaria a manutenção do privilégio de classes. O processo, segundo o publicismo, passa a ser visto como assunto de interesse quase que exclusivamente público, e, por isso, o juiz, por ser a figura central do processo<sup>1689</sup>, deveria dirigir o processo com vistas a descobrir a verdade, com amplos poderes instrutórios, que se traduz em um verdadeiro dogma processual dos últimos tempos. Observe-se, por outro lado, que o autoritarismo manifesta-se normalmente pelo fato de que as teorias que estimulam exacerbadamente o ativismo judicial apostam na “máxima discricionariedade”, que, se não for

---

realizados em primeiro lugar os atos de constrição patrimonial, para, somente depois, assegurar-se a discussão acerca da legitimidade do sujeito atingido pelo ato. Esse tipo de situação, em regimes democráticos, somente deve ser visto como exceções à regra geral, plenamente justificáveis por força de interesse público relevante, e não o contrário.

<sup>1687</sup> Humberto Theodoro Jr., no particular, é enfático: “O juiz desfruta de autonomia para comandar a marcha do processo e a instrução probatória, mas não lhe é dado decidir questões, nem mesmo aquelas de ordem pública sobre as quais pode deliberar de ofício, sem antes passar pelo debate com as partes. Em outras palavras, a concepção democrática do processo moderno, dominada pela participação ativa de todos os seus sujeitos, não tolera que o juiz possa decidir, mesmo de ofício, sem convidar previamente as partes para manifestarem acerca da questão que pretenda dirimir e sem conceder-lhes prazo adequado para preparar suas alegações”. E conclui: “De modo algum se tolera *decisão de surpresa*, decisão fora do contraditório, de sorte que o julgado sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-los, seja para rejeitá-las. É desse sistema dialético que nasce o *dever de fundamentar* as decisões imposto ao juiz pelo art. 93, inc. IX, da nossa Constituição”. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”. *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Coordenação de Humberto Theodoro Júnior, Petrônio Calmon e Dierle Nunes. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 52-53.

<sup>1688</sup> ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 19-45, abr. 2015.

<sup>1689</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 135.

racionalmente manejada, pode gerar um significativo aumento da insegurança jurídica, em prejuízo à integridade do Direito<sup>1690</sup>.

Além desses aspectos do publicismo, impõe-se alertar também que a teoria da instrumentalidade do processo pode conduzir a resultados antidemocráticos<sup>1691</sup>. Em sua relação com o direito material<sup>1692</sup>, a instrumentalidade do processo, estimulando o ativismo judicial<sup>1693</sup>, indica que a jurisdição tem fins jurídicos, sociais e políticos<sup>1694</sup>, de modo que, se essa teoria não for devidamente compreendida<sup>1695</sup>, essas aspirações, conquanto legítimas, podem ser deliberadas em ambiente inadequado, provocando comportamentos que flertam com o autoritarismo e a ilegalidade<sup>1696</sup>.

<sup>1690</sup> ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. “Riscos da ponderação à brasileira”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 269, p. 126, jul. 2017.

<sup>1691</sup> ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 19-45, abr. 2015.

<sup>1692</sup> Ada Pellegrini Grinover ensina que a instrumentalidade do processo pode ser de duas espécies: a) finalística, no sentido de que o processo deve ser instrumento de atuação do direito material; b) metodológica, no sentido de que o processo deve ser estruturado a partir do estudo dos conflitos existentes na sociedade — de índole individual ou coletiva —, para que obtenha a tutela jurisdicional adequada, ou seja, por intermédio de procedimento compatível com a realidade sociológica do litígio. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 16.

<sup>1693</sup> TRINDADE, André Karam. “Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 120.

<sup>1694</sup> Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, sustenta que à jurisdição, para não ser vista a partir de objetivos puramente técnicos e perpetuar o liberalismo processual do século XIX, deve-se atribuir perspectivas externas, agindo como canal de comunicação entre o universo axiológico da sociedade e o caso concreto, sem que, com isso, passe a atuar como legisladora ou viole o seu dever de imparcialidade, cujo conceito não se confunde com o de neutralidade. Uma tendência da jurisdição, nesse contexto, é o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas, e o processo, além disso, não deve ser visto apenas como um instrumento de realização do direito material (instrumentalidade em seu aspecto negativo). Em seu aspecto positivo, pensar a instrumentalidade do processo significa vincular a jurisdição para o alcance de objetivos, que serão viabilizados por intermédio da técnica processual, com reflexos especialmente quanto aos seus quatro pontos sensíveis: o acesso à justiça, o modo-de-ser do processo, a justiça nas decisões e a utilidade das decisões. Dessa forma, Cândido Rangel Dinamarco defende que, além dos escopos jurídico e social — respectivamente vinculados à tutela de direitos subjetivos e à pacificação com justiça, sem prejuízo da educação para a defesa dos próprios direitos e o respeito aos direitos alheios —, a jurisdição deve se preocupar com valores políticos relevantes, a exemplo da estabilidade do poder, do respeito à liberdade e da institucionalização da participação democrática. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. “Escopos políticos do processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 114-127; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44-57, 149-158 e 168-176. Em sentido similar, na Itália, Cf. ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. Vol. I. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964, p. 11-12.

<sup>1695</sup> A noção de interesse público decorrente da jurisdição não pode secundarizar o jurisdicionado. Nessa perspectiva, como o escopo maior do processo é a adequada tutela dos direitos, os escopos do processo não podem ser voltados predominantemente ao Estado, de modo que deve haver um equilíbrio entre o interesse público e os interesses das partes. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 106-110.

<sup>1696</sup> Concorde-se com José Roberto dos Santos Bedaque, entretanto, no sentido de que o “instrumentalismo” e o “garantismo” não são visões incompatíveis do fenômeno processual democrático. “Assim, considerar a jurisdição como centro da teoria geral do processo não implica autoritarismo, pois são perfeitamente delineados e submetidos a intenso controle os poderes conferidos ao juiz”, ou seja, “não há incompatibilidade entre o comportamento ativo do juiz, que revela interesse e compromisso com a obtenção do resultado justo, e a

Por exemplo, em algumas situações, especialmente naquelas em que o jurisdicionado encontra-se em posição de vulnerabilidade, o juiz, atuando como uma espécie de “tutor da parte” e com base no seu particular “sentimento de justiça”<sup>1697</sup>, pode procurar uma decisão que, ao arrepio dos textos normativos aplicáveis, ampare a parte no sentido de flexibilizar a rigidez do formalismo processual, inclusive para suprimir eventuais deficiências técnicas do advogado da parte, em uma espécie de “cultura processual paternalística”<sup>1698</sup>. Trata-se, certamente, de comportamento inadequado, pois os ônus e deveres processuais tipificados na ordem jurídica não podem ser desconsiderados como forma de realizar a chamada “justiça do caso concreto”.

Por conta das limitações impostas pelo modelo constitucional de processo, o juiz democrático não pretende atuar como “superego da sociedade”<sup>1699</sup> e não despreza a prévia manifestação de vontade do réu, que também exerce pretensão no processo. Esses aspectos demonstram que, para decidir racionalmente, o juiz não pode se apegar exclusivamente à ética consequencialista<sup>1700</sup>, e será autoritária, nessa perspectiva, a decisão que, a pretexto de realizar valores constitucionais, manipule o sistema jurídico na lógica de que os “fins justificam os meios”, desconsiderando os limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, mesmo que se esteja sob a égide da instrumentalidade das formas, é certo que o formalismo previamente estabelecido pelo legislador possui função democrática e

efetivação do contraditório real. A conciliação dessas premissas constitui fator essencial da efetividade do processo”. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?”. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid coordenadores. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 19 e 35, respectivamente.

<sup>1697</sup> SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 187.

<sup>1698</sup> Parte da doutrina processual trabalhista, aparentemente, encaixa-se nessa espécie de abordagem. Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo, por exemplo, defendem o seguinte: “Se os direitos trabalhistas são essencialmente direito dos trabalhadores e se o processo serve à efetivação desses direitos, resta evidenciado que o processo do trabalho é muito mais facilmente visualizado como um instrumento a serviço da classe trabalhadora. Trata-se de um instrumento pelo qual os trabalhadores tentam fazer valer os direitos que entendem que tenham sido suprimidos pelo empregador. E se o processo do trabalho tem essa finalidade real, é evidente que os institutos processuais trabalhistas não podem constituir empecilho ao propósito do processo”. Cf. MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho e as ideias fora de lugar no novo CPC*. São Paulo: LTr, 2015, p. 9. Essa lição, certamente, se não for devidamente compreendida, pode acarretar, por parte dos juízes do trabalho, comportamentos arbitrários na condução do processo.

<sup>1699</sup> Por todos, Cf. MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

<sup>1700</sup> Para uma análise crítica sobre as decisões jurídicas tomadas exclusivamente com base em uma ética consequencialista, Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de direito administrativo*, v. 248, p. 130-158, maio/ago. 2008; CRAVO, Daniela Copetti. “Argumentos consequencialistas: legitimidade ou arbitrariedade?”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 17, n. 102, p. 85-98, jul./ago. 2016.

republicana de controle estatal relevante, que deve ser respeitada pelo juiz, e é por isso, aliás, que decisões processuais discricionárias e exclusivamente consequencialistas são arbitrárias, porque a manipulação dos textos normativos despreza a legalidade imposta majoritariamente, para satisfazer a realização de valores, convicções e ideologias pessoais do julgador. Nesse sentido, sem a devida análise crítica, o publicismo processual pode perpetuar a mentalidade de que apenas o juiz dispõe de capacidade para conduzir os rumos do procedimento judicial.

O que se observa, neste momento, é o apego cultural ao “paternalismo judiciário”, repita-se, incompatível com a democracia, pois despreza a vontade do jurisdicionado<sup>1701</sup> e não raramente as regras jurídicas que deveriam ser aplicáveis ao caso<sup>1702</sup>. No regime democrático, quem sabe o que é melhor para o cidadão? O “super-juiz”? É preciso repensar essas indagações... Observe-se que o fator cultural é tão forte, que demonstra o motivo pelo qual não houve maiores evoluções doutrinárias acerca do instituto das convenções processuais, já existente no CPC/1973 (art. 273, §§ 3º e 4º)<sup>1703</sup>. Como essa legislação tinha um compromisso

---

<sup>1701</sup> No Processo do Trabalho, em perspectiva antidemocrática, não é raro encontrar manifestações doutrinárias no sentido de defender, mesmo fora do exercício do *juspostulandi*, a possibilidade de concessão de tutela antecipada de ofício. De igual modo, há quem defenda essa possibilidade no âmbito do Direito Previdenciário e do Direito do Consumidor.

<sup>1702</sup> Observe-se, no STJ, um exemplo previdenciário: “1) Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se devem perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários. 2) As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado. 3) Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas. 4) A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS, ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e à inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social. 5) A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa. 6) Recurso Especial do INSS desprovido. (REsp 1352721/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, DJe 28/04/2016)”. Como se observa neste julgado (recurso especial repetitivo), o STJ, em vez de aplicar as regras de distribuição do ônus da prova e proferir julgamento de mérito, adotou, atipicamente, uma decisão processual. Aparentemente, há atuação paternalística, com desprezo às regras jurídicas que, em princípio, deveriam ser aplicáveis e à noção mínima de segurança jurídica.

<sup>1703</sup> A respeito da previsão de negócios processuais sob a égide do CPC/1973, por todos, Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”. *Negócios processuais*.

com o princípio do inquisitivo, não havia ambiente para se defender uma maior participação das partes na condução do procedimento<sup>1704</sup>. No particular, o Brasil, em vez de dialogar com a doutrina alemã<sup>1705</sup>, seguia a tradição processual italiana, que, no geral, por força do publicismo decorrente do CPC de 1942, negligenciou a análise desse tema.

O processo sob a égide do CPC/1973, portanto, era assunto quase exclusivamente do Estado, posição essa, todavia, que, ressalvados os direitos absolutamente indisponíveis, não pode mais prevalecer<sup>1706</sup>. Afinal, são as partes que serão atingidas pela eventual coisa julgada e que sabem definir, com o auxílio de seus advogados, o que é melhor para elas diante do processo, e eventuais deslizos ou inaptidões técnicas devem ser controladas no caso, evitando-se visões preconceituosas e reducionistas.

É nesse contexto que o CPC/2015 representa uma ruptura cultural, pois buscou privilegiar a autonomia da vontade das partes no processo, quando, reforçado pelo art. 200<sup>1707</sup>, estabeleceu, no art. 190<sup>1708</sup>, a previsão da cláusula geral de convenções processuais<sup>1709</sup>, que possibilita o surgimento de negócios processuais atípicos<sup>1710</sup>, desde que respeitem a ordem

Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: *JusPODVIM*, 2015, p. 63.

<sup>1704</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: *JusPODVIM*, 2016, p. 112-113.

<sup>1705</sup> José Carlos Barbosa Moreira, em 1982, já relatava o desenvolvimento do tema na doutrina alemã. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Convenções das partes sobre matéria processual”. *Revista de Direito Processual*, Uberaba, v. 40, p. 81-96, out./dez. 1983.

<sup>1706</sup> Na doutrina estrangeira, já se defendia que a vontade das partes é o elemento determinante do processo. Nesse sentido, Cf. AROCA, Juan Montero. *Análisis crítico de la ley de enjuiciamiento civil e en su centenario*. Madrid: Civitas, 1982, p. 79.

<sup>1707</sup> Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

<sup>1708</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

<sup>1709</sup> Conforme preleciona Antonio do Passo Cabral, convenção ou acordo processual “é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento” Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: *JusPODVIM*, 2016, p. 68.

<sup>1710</sup> Sobre o tema, Cf. DIDIER JR., Fredie. “Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, RT, ano 1, v. 1, p. 59-84, abr./jun. 2016. No mesmo sentido, Cf. ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 136. Assim dispõe o Enunciado nº 19 do FPPC: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer

pública processual<sup>1711</sup>. Há, aqui, certamente, uma mudança paradigmática em relação ao sistema jurídico-processual anterior, pois, assim como ilustrativamente se constata na França<sup>1712</sup>, na Itália<sup>1713</sup>, nos EUA<sup>1714</sup> e em outros países igualmente democráticos<sup>1715</sup>, pode-se

---

da colheita de depoimento pessoal”. De acordo com o Enunciado n° 21 também do FPPC, “são admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”. Também se admite, por outro lado, “[...] o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos” (Enunciado n° 579 do FPPC).

<sup>1711</sup> Estaria fora dos negócios processuais atípicos, por exemplo, modificação de competência absoluta. De igual modo, são inadmissíveis os acordos para “supressão da primeira instância”, afastamento dos “motivos de impedimento do juiz”, “criação de novas espécies recursais” e “ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”. Nesse sentido, dispõe o Enunciado n° 20 do FPPC. Ademais, “é inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica” (Enunciado n° 254 do FPPC).

<sup>1712</sup> Como o processo civil francês não se desenvolve em um rígido sistema de preclusões, era natural que essa possibilidade de adaptação à complexidade do litígio pudesse acarretar um paulatino aumento do papel das partes na fixação das regras do procedimento. Nesse sentido, Cf. CANELLA, Maria Giulia. “Gli accordi processuali francesi volti alla ‘regolamentazione collettiva’ del processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, anno LXIV, n. 2, giu. 2010, p. 550. Sobre a relevância da autonomia da vontade das partes no gerenciamento dos processos na França, Cf. CADIET, Loïc. “Os acordos processuais no direito francês. Situação atual da contratualização do processo e da justiça na França”. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. Tradutores Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: RT, 2017, p. 77-104; GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile: droit interne et européen du procès civil*. 33. éd. Paris, Dalloz, 2016, p. 804-805; CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010, p. 524; CADIET, Loïc. “Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 33, n. 160, p. 61-82, jun. 2008. Sobre o tema, na doutrina brasileira, Cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. “As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 245-268. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 116-122.

<sup>1713</sup> Na Itália, assim como analogamente ocorreu na França por intermédio dos “protocolos institucionais de procedimento”, verificaram-se os chamados *protocolli di procedura*, isso sem falar em instrumentos firmados entre uma Corte e a Ordem dos Advogados. O tema, todavia, somente ganhou atenção da doutrina com a instrução legislativa do calendário processual (art. 81-*bis* do CPC italiano). Sobre o tema, Cf. PICOZZA, Elisa. “Il calendario del processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXIV, n. 6, p. 1650, nov./dic. 2009; FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2011, p. 37 e 70; CANELLA, Maria Giulia. “Gli accordi processuali francesi volti alla ‘regolamentazione collettiva’ del processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, anno LXIV, n. 2, p. 552, giu. 2010; CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 99-119, sett. 2008. Este texto também foi publicado em português: CAPONI, Remo. “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 228, p. 359-375, fev. 2014. Na doutrina brasileira, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 123.

<sup>1714</sup> BONE, Robert. G. “Party rulemaking: making procedural rules through party choice”. *Texas Law Review*, vol. 90, p. 1329-1398, 2012; DODGE, Jaime. “The limits of procedural private ordering”. *Virginia Law Review*, vol. 97, n. 4, jun. 2009, p. 723-799. Na língua italiana, Cf. FABBI, Alessandro. “Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense”. *Scritti in onore di Nicola Picardi*. A cura di Antonio Briguglio, Roberto Martino, Andrea Panzarola e Bruno Sassani. Tomo I. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 1003-1036. Na doutrina brasileira, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 124-126.

<sup>1715</sup> Ilustrativamente, Cf. KERN, Christoph A. “Procedural contracts in Germany”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 179-191.

dizer, atualmente, que também faz parte do devido processo legal brasileiro o “princípio do autorregramento processual pelas partes”<sup>1716</sup>.

Nessa perspectiva, as partes passaram a ter autonomia genérica, para adaptar o procedimento às necessidades do caso concreto, o que, de certo modo, demonstra a superação da clássica tese de que o processo pode ser comparado a um “jogo”<sup>1717</sup> ou a um “duelo” em que as partes sempre apresentam vontades contrapostas. Atualmente, como já visto, o processo, iluminado pela boa-fé<sup>1718</sup>, tende a tornar-se um ambiente subjetivamente cooperativo e equilibrado, pelos menos no que se refere às questões procedimentais<sup>1719</sup>, motivo pelo qual é verdadeiro afirmar que um dos aspectos que demonstram que a jurisdição contemporânea no Brasil pauta-se por valores democráticos diz respeito à “autonomia das partes”<sup>1720</sup> para realizar convenções processuais<sup>1721</sup>. Deve-se incorporar, assim, ao sistema jurídico em vigor a ideia de “devido processo negociado”, que coexiste com os tradicionais pressupostos do devido processo legal<sup>1722</sup>.

Observe-se, nesse raciocínio, que a “liberdade das partes”<sup>1723</sup> quanto à criação de normas processuais, em princípio, é tão considerável, que se tem defendido que o juiz não faz parte da convenção sequer para homologá-la. Ressalva-se, todavia, que esse poder das partes encontra limite na incidência de direitos fundamentais<sup>1724</sup>, na intangibilidade de determinadas

<sup>1716</sup> DIDIER JR., Fredie. “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 19-25.

<sup>1717</sup> CALAMANDREI, Piero. “Il processo come giuoco”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, Vol. V, 1950, p. 23-51. Há versão desse texto também em português: CALAMANDREI, Piero. “O processo como jogo”. Tradução de Roberto B. Del Claro. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 23, p. 191-209, jan./mar. 2002. Para uma análise crítica desse texto, ainda na doutrina clássica italiana, Cf. CARNELUTTI, Francesco. “Giuoco e processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, Vol. VI, p. 101-111, 1951.

<sup>1718</sup> “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (Enunciado nº 405 do FPPC). “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé” (Enunciado nº 407 do FPPC).

<sup>1719</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 136-137.

<sup>1720</sup> Para uma visão abrangente acerca da vontade das partes como fonte de direitos e obrigações jurídicas, Cf. VICENTE, Dário Moura. “A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado”. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, RT, ano 3, v. 8, ano 3, p. 275-302, jul./set. 2016.

<sup>1721</sup> Para uma visão ampla a respeito da autonomia das convenções processuais, Cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 117-119.

<sup>1722</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017, p. 101-103.

<sup>1723</sup> Sobre a importância do conceito de liberdade para a definição dos contornos da autonomia privada, Cf. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais*. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: RT, 2013, p. 160-163.

<sup>1724</sup> Como se sabe, mesmo nas questões privadas, há limitação para o exercício da autonomia da vontade. Nesse sentido, para uma abordagem acerca dos limites materiais do contrato, Cf. MIRAGEM, Bruno. “Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais”. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: RT, 2007, p. 176-225.

matérias processuais de ordem pública<sup>1725</sup> e no respeito aos poderes e prerrogativas do juiz, inclusive no que se refere à iniciativa probatória<sup>1726</sup>. Dessa forma, em um ambiente de necessário equilíbrio entre as ponderações públicas e os interesses privados<sup>1727</sup>, só se exige homologação judicial da convenção processual, quando aquela for exigida legalmente<sup>1728</sup>, embora o juiz possa controlar a sua validade, sem ingerência, todavia, sobre a conveniência de sua celebração<sup>1729</sup>. O sistema de preclusões exige uma adaptação, para considerar o consenso entre as partes quanto à revisão de alguma etapa procedimental<sup>1730</sup>.

Essa abordagem, certamente, não significa “privatizar o processo”<sup>1731</sup> ou retornar ao liberalismo processual de índole adversarial. Pelo contrário, apesar de a onipresença do Estado ser uma característica da contemporaneidade<sup>1732</sup>, apenas se trata de saber em que medida a vontade das partes é considerada no Direito Processual, inclusive como fonte de direitos e obrigações<sup>1733</sup>, como algo essencial para que a jurisdição seja adjetivada como “democrática”<sup>1734</sup>. Em outros termos, o autorregramento processual pelas partes significa que a vontade conjunta das partes, ao lado da legislação e dos precedentes jurisprudenciais,

<sup>1725</sup> Não é admissível, por exemplo, convenção processual que pretenda afastar a eficácia declaratória da coisa julgada material. Nesse sentido, Cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 180-181.

<sup>1726</sup> Defendendo que as convenções processuais das partes não podem restringir os poderes instrutórios do juiz, Cf. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo cpc*. São Paulo: RT, 2017, p. 25. Embora o processo não tenha por objetivo a busca da verdade, concorda-se com a tese de que a preocupação com a realidade fática do caso constitui questão de interesse público, pois está atrelada à justiça da decisão. Nesse sentido, por todos, Cf. TARUFFO, Michele. “Verità negoziata?”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 69-98, sett. 2008. Observe-se que o sistema jurídico confirma essa conclusão, pois o juiz, mesmo na revelia do réu, pode utilizar os seus poderes instrutórios, quando as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis (art. 345, IV, do CPC; art. 844, § 4º, IV, da CLT). Nesse sentido, Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutório do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 155. Se não fosse assim, ou seja, se não houvesse preocupação pública com a realidade, a opção do legislador, no interesse exclusivo do autor, seria pela rapidez na solução do litígio, determinando a conclusão do processo para julgamento.

<sup>1727</sup> Nesse sentido, Cf. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. “Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 269, p. 148, jul. 2017.

<sup>1728</sup> Enunciado nº 133 do FPPC: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”. Os arts. 200, parágrafo único, 515, II, e 862, § 2º, do CPC tipificam exemplos de negócios processuais cuja eficácia encontra-se condicionada à prévia homologação judicial. As partes também podem voluntariamente condicionar a eficácia da convenção processual à prévia homologação por parte do juiz. Nesse caso, o condicionamento à eficácia não decorre da lei, mas do próprio negócio processual. Nesse sentido, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 235-237.

<sup>1729</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 38 e 227-232.

<sup>1730</sup> TOSCAN, Anissara. *Preclusão processual civil: estática e dinâmica*. São Paulo: RT, 2015, p. 234.

<sup>1731</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 37.

<sup>1732</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60-63.

<sup>1733</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 164-169.

<sup>1734</sup> Para uma abordagem ampla acerca desse debate, Cf. GODINHO, Robson. “A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 50, p. 169-208, out./dez. 2013.

também é fonte de um renovado Direito Processual<sup>1735</sup>, inclusive para vincular o Estado-juiz<sup>1736</sup>.

Nessa perspectiva, como forma de pensar o espaço público em uma dimensão democrática<sup>1737</sup>, deve-se buscar um modelo de equilíbrio entre o protagonismo estatal e o autorregramento processual pelas partes<sup>1738</sup>. Observe-se que não há qualquer incompatibilidade entre essas duas vertentes, pois a possibilidade de conformação processual pelas partes insere-se nos escopos da jurisdição<sup>1739</sup>, com vantagens no que se refere ao acesso à justiça e à tutela dos direitos<sup>1740</sup>. Deve ser fomentada, inclusive, desde que atendidos determinados pressupostos, em demandas em que uma das partes encontra-se em posição de vulnerabilidade no âmbito do direito material, a exemplo dos processos que tramitam na Justiça do Trabalho<sup>1741</sup>, nos casos envolvendo a Fazenda Pública<sup>1742</sup>, por conta da

---

<sup>1735</sup> A respeito desse novo processo, que conta também com a vontade das partes acerca da eficiente regulamentação dos atos processuais em direito à justa solução da lide, Cf. CAPONI, Remo. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 99-119, sett. 2008.

<sup>1736</sup> Essa vinculatividade, naturalmente, não ocorre em relação a eventual convenção processual que disponha sobre prerrogativas do juiz. Nesse sentido, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 226.

<sup>1737</sup> RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 88.

<sup>1738</sup> Para uma visão mais ampla acerca do equilíbrio entre o publicismo e o privatismo, Cf. PISANI, Andrea Proto. “Público e privado no processo civil na Itália”. Tradução de Myriam Filippis. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, 2001, p. 23-42. Ainda do mesmo autor, Cf. PISANI, Andrea Proto. “Pubblico e privato nel processo civile”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 207, mai. 2012, p. 281-302. Na doutrina brasileira, Cf. GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008; GODINHO, Robson. “A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 50, p. 169-208, out./dez. 2013.

<sup>1739</sup> FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 223.

<sup>1740</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 217.

<sup>1741</sup> Esse modelo, certamente, não apresenta qualquer incompatibilidade com o processo trabalhista. Estranhamente, todavia, o art. 2º da IN 39/2016 do TST prevê a incompatibilidade das convenções processuais com as disposições do processo do trabalho. A cláusula geral de atipicidade de convenções processuais (art. 190) potencializa o ambiente processual democrático, pois reconhece a autonomia do autorregramento processual pelas partes, inclusive por força do declínio do legicentrismo como superação do paradigma da modernidade. No que concerne à seara trabalhista, observa-se que o trabalhador, sobretudo quando devidamente assistido por advogado, não pode ser tratado como um “ser absolutamente incapaz”, que nunca sabe de nada e não tem condições de conduzir a sua própria vida. A assistência sindical e/ou advocatícia supre consideravelmente a posição processual de vulnerabilidade, devendo as exceções ser tratadas como tais diante do caso concreto, pois, doutrinariamente, sustenta-se a validade *prima facie* das convenções processuais. Trata-se de algo incompreensível, assim, essa posição do TST, inclusive pelo fato de que a realização de “acordos processuais” não constitui qualquer novidade na prática judicial trabalhista. Não é o raro observar a situação do reclamante que, pouco tempo antes da publicação da sentença processual de extinção do processo (“arquivamento”), chega atrasado à audiência, mas o advogado da empresa concorda com a sua realização normal. O contrário, aliás, também se verifica em algumas regiões, afastando-se os efeitos da revelia. Em outra ilustrativa situação, observa-se que as partes, conjuntamente, convencionam acerca do número de testemunhas ou da quantidade ou da qualidade do número de peritos. Como se percebe, não há qualquer fundamento para se afastar a possibilidade de realização de convenções processuais na Justiça do Trabalho, a não ser, por óbvio, nas situações em que o

consensualidade administrativa<sup>1743</sup>, inclusive no que se refere à tutela judicial de políticas públicas<sup>1744</sup>, e até mesmo na fase de execução<sup>1745</sup> e na Justiça Criminal<sup>1746</sup>.

Constata-se, dessa forma, que não se deseja nem um sistema autoritário, que despreza o papel das partes, nem um sistema de indiferença e neutralidade estatal em relação ao conflito<sup>1747</sup>. O publicismo, não custa repetir, convive perfeitamente com o autorregramento processual pelas partes, pois também há interesse das partes no processo, especialmente naqueles que versam sobre direitos disponíveis<sup>1748</sup>. Sendo assim, para se construir um ambiente processual democrático, não se deve valorizar apenas o simbolismo do contraditório, pois é preciso ir além, valorizando-se também o papel das partes na construção dos resultados possíveis do processo, sendo que essa constatação não colide com as

reclamante esteja no exercício do *juspostulandi*, fato que, se considerado o Brasil em sua totalidade, é uma raridade nos dias de hoje.

<sup>1742</sup> Não há vedação legal à celebração de negócios processuais pela Fazenda Pública. Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 256 do FPPC. Na doutrina, acerca da possibilidade de realização de convenções processuais nos processos envolvendo a Fazenda Pública, Cf. SANTOS, Tatiana Simões dos. “Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 507-519; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 663. Observe-se que, se a Fazenda Pública, quando lida com direitos patrimoniais disponíveis, pode resolver seus litígios pelo sistema da arbitragem (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996), não há sentido em vedá-la quanto à autonomia, para firmar convenções processuais.

<sup>1743</sup> Para uma visão geral acerca da consensualidade administrativa brasileira, Cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 29-94. Impõe-se observar, todavia, que há, na doutrina, quem defenda que, por falta de previsão legal, não haja possibilidade de acordos de leniência nas ações de improbidade administrativa. Nesse sentido, Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 438.

<sup>1744</sup> A doutrina, com razão, tem apontado os negócios processuais como instrumentos propícios a facilitar a efetivação de políticas públicas. Nessa perspectiva, destaca-se a possibilidade de firmar essas convenções na fase de execução, inclusive com a fixação de um cronograma de cumprimento de tarefas. Ademais, pode-se estabelecer a suspensão convencional do processo, a fim de, por exemplo, reavaliar o projeto técnico proposto ou meramente dilatar algum prazo para eventual providência administrativa. De igual modo, sem prejuízo de convenções na fase probatória, pode-se delimitar, consensualmente, a respeito de questão de fato e/ou de direito a serem enfrentadas no processo. Enfim, a valorização da vontade no processo civil, ao lado das noções de cooperação, participação e consensualidade, revela-se extremamente importante para a efetivação de políticas públicas por intermédio de processos estruturais. Nesse sentido, Cf. RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. “Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 141-176.

<sup>1745</sup> DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. “Negócios jurídicos processuais atípicos e execução”. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

<sup>1746</sup> Fala-se, atualmente, em “justiça criminal consensual”. No sistema jurídico brasileiro, por exemplo, inspirado na polêmica transação pelo *plea bargaining* do direito norte-americano (*turn state’s evidence*), existem as figuras da “delação premiada” e os “acordos de leniência”. Sobre a temática no Processo Penal, ilustrativamente, Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 193-198.

<sup>1747</sup> GODINHO, Robson. “A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 410.

<sup>1748</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 151-152.

conquistas do publicismo processual<sup>1749</sup>.

Além de evitar a burocratização do procedimento e permitir o controle de eventual arbítrio judicial<sup>1750</sup>, as convenções processuais significam que a condução procedimental deve ser dividida entre os sujeitos processuais mediante uma relação de coordenação. Esses aspectos demonstram que, no interior da relação processual, o ambiente entre os sujeitos processuais não tem mais como pressupostos a hierarquia e a supremacia judicial, assentando-se no diálogo cooperativo e democrático.

Conclui-se, dessa forma, que o reconhecimento da relevância da vontade das partes na construção do procedimento e da própria decisão torna o processo judicial uma instituição democrática. Afinal, conforme preleciona Klaus Günther<sup>1751</sup>, “cidadãos em uma democracia não são apenas destinatários, mas também autores de suas normas jurídicas”. Nessa perspectiva, o diálogo cooperativo com o juiz, com a capacidade real de influência prévia sobre as decisões e a criação de modelos procedimentais pelas partes demonstram que, internamente, o processo civil brasileiro assumiu um compromisso real com valores democráticos.

Dessa forma, viu-se até agora que: a) a democracia moderna pressupõe ampliar os espaços de participação popular na tomada de decisões; b) organizar democraticamente o processo reflete sobre toda a sociedade; c) o contraditório, sob o prisma endoprocessual, é cooperativo e dialógico; d) o CPC/2015 considerou significativamente a vontade das partes como fontes de direitos processuais. Ciente dessas premissas, certamente, o juiz comportar-se-á de modo dialógico e democrático, autocontendo-se diante de eventuais impulsos autoritários ou da prática de atos judiciais que refletem apenas uma resolução meramente formal e retrospectiva do litígio.

Se o ambiente de diálogo entre o juiz e as partes é essencialmente democrático, abre-se o caminho, principalmente nos litígios complexos e estruturais, para a abertura do contraditório, tornando-o plural, a fim de que todos os segmentos afetados pelo processo tenham voz na defesa de seus interesses por meio de seus adequados representantes sociais. Assim, pretende-se, agora, como parte do capítulo final, refletir a respeito dessa ampliação de espaços participativos da sociedade no debate processual, quando a demanda envolver, direta ou indiretamente, interesses metaindividuais e difusamente irradiados, a exemplo do que

---

<sup>1749</sup> GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 61-64.

<sup>1750</sup> FERRARI, Vincenzo. “Le parti e il rischio del processo”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 57, sett. 2008, supplemento al n. 3.

<sup>1751</sup> GÜNTHER, Klaus. “Qual o conceito de pessoa de quem necessita a teoria do discurso do direito?”. Tradução de Flavia Portella Püschel. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 225, jan./jun. 2006.

ocorre nas demandas por prestações de saúde pública.

A ampliação desses espaços de diálogo judicial é o que se denomina, nesta pesquisa, de “democratização externa do processo”, perante a qual, por inspiração nos ideais de democracia participativa, pretende-se estimular a participação no processo de outros sujeitos além das partes formais, tornando-o um eficaz instrumento legítimo de transformação da realidade social e de tutela adequada de direitos.

## **CAPÍTULO 7: POR UMA CULTURA PROCEDIMENTAL E DEMOCRÁTICA NAS DEMANDAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA: DA COLETIVIZAÇÃO DE DEMANDAS AO RECONHECIMENTO DA NATUREZA ESTRUTURAL DO LITÍGIO**

Neste último capítulo, pretende-se desenvolver as ideias de democratização do procedimento, a fim de que o juiz não pratique arbitrariedades nas demandas por prestações de saúde pública. Se, no capítulo anterior, enfatizou-se que o juiz, na sua interação com as partes na relação processual, deve comportar-se dialogicamente, reconhecendo que a vontade dos litigantes é essencial à condução procedimental, neste ponto, o intuito é avançar a análise dessas ideias, para tornar o processo um ambiente adequado para a solução eficiente do litígio. Nessa perspectiva, pressupõe-se que o juiz deve logo reconhecer a natureza estrutural, complexa<sup>1752</sup> e policêntrica dessa espécie de demanda e, a partir dessa informação, deve abrir o processo à sociedade, por intermédio do tratamento coletivo e molecularizado da lide, da participação de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas. Ao final, se a solução de consenso não for atingida, restará um método executivo diferenciado e flexível, sujeito a sucessivas adaptações, mediante análise dos seus efeitos sobre a tutela dos direitos e a governabilidade democrática. São esses aspectos que, resumidamente, serão abordados neste último capítulo.

### **7.1 A “DEMOCRATIZAÇÃO EXTERNA” DO PROCESSO PELO INCIDENTE DE COLETIVIZAÇÃO**

O avanço democrático do processo pressupõe novos olhares não só para o seu âmbito interno, com a redefinição dos vínculos estabelecidos entre as partes e o juiz, mas também em perspectiva externa, ou seja, por um ângulo que permite uma maior abertura da jurisdição estatal à sociedade. Em outras palavras, percebida a evolução democrática do processo na perspectiva da relação entre os seus sujeitos formais, impõe-se avançar quanto ao estímulo de participação de outros sujeitos interessados e, quando não for possível a participação de todos eles, de soluções de casos complexos que considerem o interesse desses ausentes.

---

<sup>1752</sup> Para uma reflexão sobre processo e complexidade, Cf. CAPONI, Remo. “Processo e complexidade”. Tradução de Michele Pedrosa Paumgarten. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 280-296, 2017.

Deve-se perceber que, nessa busca por melhores horizontes democráticos, o processo não ganha apenas maior legitimidade, mas igualmente efetividade. Um exemplo disso é a necessidade de coletivização do processo, quando a causa iniciada na perspectiva individual versa também sobre interesses metaindividuais, como são os casos das demandas judiciais por prestações de saúde pública fora do planejamento governamental. Como será visto neste tópico, a coletivização permitirá soluções que, a um só tempo, garantam a tutela do direito e o planejamento administrativo, com respeito à cláusula da separação de poderes, possibilitando maior universalidade quanto às prestações de saúde pública<sup>1753</sup>.

### **7.1.1 Da necessidade de uniformização das prestações de saúde pública por intermédio das ações coletivas**

A promoção dos direitos sociais, como se sabe, demanda normalmente a realização de prestações positivas (materiais) por parte dos Estados. Observa-se, entretanto, que, paradoxalmente, nos países do primeiro mundo, onde há maior disponibilidade de recursos, os direitos sociais — a exemplo do direito à saúde — são mais efetivos, ao passo que, nos países pobres e periféricos, onde a sociedade reclama uma firme atuação do Estado em prol daqueles direitos, é mais tormentoso o problema dos custos, conduzindo a uma cultura de resistência quanto à sua concretização<sup>1754</sup>.

As necessidades sociais, sobretudo em países de modernidade tardia como é o caso do Brasil, são ilimitadas, mas os recursos são escassos, normalmente por má gestão (do dinheiro público), corrupção (no poder público) e verba insuficiente (nos cofres públicos)<sup>1755</sup>. Não é, por certo, uma característica exclusiva dos direitos sociais a prestação, mas, como já relatado nesta pesquisa, eles se destacam quanto à exigência de recursos para a sua satisfação. Tem razão Virgílio Afonso da Silva, quando afirma que, “embora correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos

<sup>1753</sup> No sentido de que não se pode inviabilizar a tutela individual de direitos sociais, mas recomendando que a judicialização deve ocorrer por mecanismos processuais de coletivização ou de agregação de demandas individuais, Cf. COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 407.

<sup>1754</sup> MAIOLINO, Eurico Zecchin. “Desafios à efetividade dos direitos fundamentais”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 99, v. 893, p. 52-53, mar. 2010.

<sup>1755</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Laís Durval. “Controle concentrado de constitucionalidade da Lei Orçamentária e a tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 128, ago. 2011.

sociais e econômicos custa *mais dinheiro*<sup>1756</sup>.

Nesse universo de escassez, o Estado vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas. Segundo a doutrina<sup>1757</sup>, são vários os dilemas enfrentados. Melhorar a merenda escolar, ou ampliar o número de leitos na rede pública? Estender o saneamento básico para as comunidades carentes, ou adquirir medicamentos de última geração para o tratamento de alguma doença rara? Aumentar o valor do salário-mínimo, ou expandir o programa de habitação popular? A partir do arcabouço orçamentário brasileiro, é certo dizer que não existem recursos suficientes para atender a todas essas importantes demandas sociais.

Conforme preleciona Clémerson Merlin Clève<sup>1758</sup>, as políticas públicas devem ser realistas, já que os direitos sociais, dependentes do Produto Interno Bruto, são direitos de satisfação progressiva, motivo pelo qual, ao invés de adiar sua efetividade, incumbe ao poder público consignar, na peça orçamentária, as dotações necessárias. O cumprimento do programa orçamentário deve ser controlado, e, nesse contexto, é fundamental o papel da sociedade, consciente da singularidade da satisfação progressiva desses direitos, quanto à elaboração e à execução orçamentária. O poder público, assim, não pode se omitir, a sua atuação deve ser diligente quanto à existência de ações continuadas, para que os direitos sociais sejam concretizados em um horizonte de tempo factível.

É nesse contexto que se pode afirmar que o ambiente mais adequado ao debate judicial a respeito de políticas públicas decorrentes de direitos sociais, certamente, é o proporcionado pelas ações coletivas<sup>1759</sup>, especialmente a ação civil pública, pois, apesar de escassos os recursos, nelas os juízes refletirão, no mínimo, sobre o “impacto orçamentário de sua decisão”<sup>1760</sup> e o “potencial de universalização” do que foi postulado<sup>1761</sup>.

<sup>1756</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 593.

<sup>1757</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 392.

<sup>1758</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, v. 54, p. 36-37, jan.-mar. 2006.

<sup>1759</sup> Ilustrativamente, nesse sentido, Cf. COURTIS, Christian. “Políticas sociais, programas sociais e direitos sociais”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Vol. 1. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 413-414.

<sup>1760</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 141.

<sup>1761</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 425-426. No mesmo sentido, Cf. CALDO, Diego Santiago y. “O ideal controle jurisdicional de políticas públicas e o novo código de processo civil”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, Síntese, n. 97, p. 513, set./dez. 2015.

É que as ações coletivas, além de serem um instrumento de participação democrática<sup>1762</sup>, permitem um debate mais equilibrado entre a possibilidade de tutela judicial e as dificuldades administrativas, notadamente quanto ao alcance de metas constitucionais e à eficiência mínima na aplicação dos recursos, além de prestigiar o princípio da isonomia na distribuição dos bens sociais<sup>1763</sup>, evitando um sem-número de demandas individuais, o que beneficia a organização da função administrativa<sup>1764</sup>. Deve-se ter como pressuposto, nessa perspectiva, que a efetiva operacionalidade das ações coletivas, por superar óbices de acesso à justiça e potencializar o exercício da cidadania, não deve ser vista como uma consequência do Estado Democrático de Direito, mas como condição de existência e de prevalência da democracia<sup>1765, 1766</sup>.

Observe-se que a judicialização da saúde pública, pelo menos a partir de demandas individuais, tem acarretado um paradoxo, pois um direito que permite o acesso a bens e serviços dotados de universalidade (art. 196 da CF) normalmente é usufruído por poucos cidadãos, exatamente os que conseguem ultrapassar todas as barreiras que impedem o acesso à justiça (custos econômicos, informação, técnicos e compreensão mínima do sistema jurídico), mas não fazem parte da parcela populacional mais carente. A ideia de universalidade, por isso, deve ser melhor compreendida, no sentido de vedar que esses bens e serviços sejam concedidos apenas a determinados grupos privilegiados em detrimento de outros. O sistema jurídico procura prestigiar, assim, a igualdade, que, a um só tempo, constitui fundamento da existência e limite dessa ideia de universalidade. Daí, como forma de se

---

<sup>1762</sup> Conforme preleciona Eduardo Talamini, a atuação judicial envolvendo políticas públicas não “afrota ao princípio da representatividade democrática. Como o que se buscará é uma atuação estatal de abrangência geral, não-individualizável, haverá de se empregar ação voltada à tutela coletiva. O processo coletivo (em sentido amplo) assume, então, relevante papel de instrumento de participação democrática: confere aos cidadãos, individualmente ou reunidos em associação, a possibilidade de influenciar os destinos da sociedade política, zelando pelo respeito às diretrizes estatais constitucionalmente impostas”. TALAMINI, Eduardo. “Concretização constitucional de direitos fundamentais a prestações positivas do estado”. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil*. Estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Araken de Assis. José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto coordenadores. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 162.

<sup>1763</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

<sup>1764</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 129-131.

<sup>1765</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 100-103.

<sup>1766</sup> A tutela jurisdicional coletiva brasileira recebeu influência da doutrina das *class actions* norte-americanas, principalmente no que concerne à ideia de representatividade adequada da coletividade nas ações coletivas. Sobre a história das *class actions*, Cf. YEAZELL, Stephen C. “Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action”. *Columbia Law Review*, v. 77, n. 6, p. 866-896, oct. 1977.

atribuir racionalidade ao sistema jurídico, conclui-se que o acesso à justiça deve ser garantido a todos, desde que, pelo menos momentaneamente, estejam em análogas posições socioeconômicas, ou seja, em um cenário de recursos limitados, torna evidente a conclusão de que as pessoas que estão em posição de hipossuficiência econômica, preferencialmente, devem ser beneficiadas pelo sistema acerca das prestações de saúde pública<sup>1767</sup>.

As demandas individuais, desse modo, têm-se apresentado como disfuncionais, pois, a pretexto da tutela individual, tem causado prejuízo à população como um todo, uma vez que as decisões, normalmente baseadas na emoção, desconsideram todos os outros aspectos do problema, inclusive as consequências da alocação forçada de recursos já limitados. Tais decisões individuais, na prática, por desconsiderarem qualquer planejamento administrativo, violam os princípios da isonomia e do acesso adequado à justiça. Ademais, a realidade tem demonstrado que, de uma maneira geral, não há uma cultura, por parte dos juízes, de levar em consideração as ações já tomadas pela Administração Pública na área de saúde, quando da prolação do provimento decisório<sup>1768</sup>.

Diante desse quadro, revela-se correta a tese de que a tutela judicial coletiva dos direitos sociais apresenta vantagens evidentes, se comparada à tutela individual. Em primeiro lugar, garante a universalização da prestação. Em segundo lugar, tende a desorganizar menos a atuação administrativa, pois não acarreta a surpresa constante de demandas individuais. As ações coletivas permitem um debate mais equilibrado entre a possibilidade de tutela judicial e as dificuldades administrativas<sup>1769</sup>, além de prestigiarem o princípio da isonomia na distribuição dos bens sociais, evitando um sem-número de demandas individuais, o que beneficia a organização da função administrativa<sup>1770</sup>. Em terceiro lugar, como normalmente é precedida por um inquérito civil, os aspectos técnicos envolvidos podem ser debatidos com a cautela necessária. Em quarto lugar, estimula a mobilização popular para uma atuação política conjunta, especialmente por intermédio de associações da sociedade civil. Em quinto lugar, facilita o acesso judicial aos bens sociais pelos hipossuficientes. Finalmente, em sexto lugar,

---

<sup>1767</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 265-275.

<sup>1768</sup> *Idem*, p. 277.

<sup>1769</sup> No sentido de que as ações coletivas propiciam amplo debate interinstitucional, inclusive com a participação de terceiros interessados, a exemplo de *amici curiae*, Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 348-351.

<sup>1770</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 129-131.

permite analisar, com mais precisão, o impacto orçamentário da medida<sup>1771</sup>.

Nesse contexto, é certo que a tutela individual não pode ser negada, inclusive pelo fato de o direito de ação assumir “a condição de direito de cidadania ativa e instrumento de participação do indivíduo no controle de atos do poder público”<sup>1772</sup>. Mas, como há uma dificuldade maior do juiz quanto à análise e à superação da equivocada tese do mínimo existencial<sup>1773</sup> e do impacto econômico e administrativo da sua decisão, a cautela necessária, decorrente do regime democrático e do princípio da separação dos poderes, nesse caso, deve ser redobrada “sobre as consequências perniciosas para os pobres de um ativismo judicial sem parâmetros, que, ao tudo conceder para os que têm acesso à justiça, pode acabar retirando daqueles que não o desfrutam”<sup>1774</sup>.

De todo modo, apesar dessa cautela, também se deve perceber que existem situações em que a ausência imediata de uma garantia social pode acarretar ao cidadão consequências irreversíveis, ou seja, a não concessão judicial da medida pode acarretar efeitos trágicos, a exemplo da primordialidade da entrega de um remédio vital. Por isso, como já se concluiu neste estudo, se forem atendidos todos os pressupostos materiais para o deferimento da medida, dentre os quais a possibilidade de o jurisdicionado poder sofrer dano irreparável ou de difícil reparação, revela-se perfeitamente possível a tutela individual em demanda por prestação de saúde pública, inclusive com a concessão e a execução de uma tutela fundada na urgência. Ademais, para se evitar comportamento contraditório da Administração, a tutela individual fica mais evidente, quando o administrador deixa de cumprir determinada obrigação imposta pela lei ordinária ou prometida pelos seus programas, como não fornecer medicamentos da lista.

No mais, o sistema tem preferência pelas ações coletivas. Nestas, inclusive, será

---

<sup>1771</sup> Nesse sentido, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 543-544; BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 129-131.

<sup>1772</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 39, set. 2011.

<sup>1773</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 821.

<sup>1774</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 426-427.

possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas<sup>1775</sup>. Tal inclusão, todavia, deve ser excepcional, pois as complexas avaliações técnicas (médica, administrativa e orçamentária) competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse caso, conforme lição de Luís Roberto Barroso<sup>1776</sup>, o Poder Judiciário deve observar os seguintes parâmetros: a) só poderá determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; c) deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; d) deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Assim, confirma-se a hipótese de que, como parâmetro procedimental, a tutela judicial do direito a prestações de saúde pública deve ocorrer, prioritariamente, por intermédio de ações coletivas, que, por conta do inegável interesse público, devem ter primazia de processamento<sup>1777</sup>, facultando-se o acesso individual direto apenas de forma excepcional, especialmente quando a prestação a ausência da prestação estiver prevista em texto de lei ou em programa governamental, ou a sua ausência possa causar dano irreparável, a fim de vedar comportamento contraditório<sup>1778</sup>. A tutela individual, portanto, deve se restringir às situações relacionadas ao que se denominou, neste estudo, de “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”<sup>1779</sup>.

Ressalta-se, todavia, que, apesar do que se concluiu acima, a viabilização da tutela jurisdicional coletiva não tem sido fácil no Brasil, pois a cultura jurídica que aqui se enraizou encontra-se comprometida com o “individualismo”. É contra esse estado de coisas, inclusive avançando na demonstração das vantagens da tutela jurisdicional coletiva no que se refere à efetividade do processo, que se dedicará o tópico que se segue.

<sup>1775</sup> Márcio Flávio Mafra Leal defende que o Estado não é devedor de todo e qualquer medicamento. Em seu entendimento, após consulta científica e orçamentária, deve-se priorizar o fornecimento em que há risco para o paciente, que deve ter insuficiência econômica. Ademais, deve-se observar se o custo do medicamento no mercado é suportável, hipótese em que a pretensão pública do mesmo deve ser rejeitada. Deve-se verificar, ainda, se os órgãos públicos atestam a eficácia do medicamento para a respectiva patologia, inclusive na perspectiva de otimizar as verbas públicas para atingir um maior número possível de pessoas. Finalmente, diante dessa perspectiva de universalização da medida, defende este autor que, se a pretensão judicial for a título individual, deve o juiz, convencido de que o medicamento deveria estar nas portarias estatais, notificar os entes que detêm legitimidade para o ajuizamento da ação coletiva, para recomendar a inclusão do respectivo medicamento nos normativos, ou judicializar a questão. Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 203.

<sup>1776</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 251-253.

<sup>1777</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008, p. 132.

<sup>1778</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 544-545.

<sup>1779</sup> Ver o capítulo 3.

### 7.1.2 Por um processo realmente efetivo: da confirmação das vantagens das ações coletivas nos casos de judicialização da saúde pública

Para atender ao modelo “desejado” pelo Estado Constitucional, a jurisdição contemporânea precisa ser realizada por intermédio de um processo que seja realmente efetivo ou eficaz, ou seja, que tenha o condão de gerar, no plano dos fatos, não apenas a tutela jurisdicional, no sentido de proteger a parte que tem razão, mas a própria transformação da realidade social em direção a um mundo melhor, em que os valores éticos e os vínculos de fraternidade sejam fortalecidos. É preciso que fique claro, desde logo, que a atuação dos juízes não pode ser inclinada à busca deliberada da notoriedade e da aprovação das massas<sup>1780</sup>. Não é essa ideia que se defende aqui. Se esses fatos eventualmente ocorrerem, devem ser por consequência de uma atuação jurisdicional institucionalmente responsável e observadora dos limites impostos pela Constituição.

De todo modo, deve-se partir da premissa de que a legitimação judicial, atualmente, também deve ser buscada na comunidade<sup>1781</sup>, ou seja, no reconhecimento de que a atividade jurisdicional, para além de mero procedimento burocrático de prolação de decisões em série, possui efetiva capacidade de produzir resultados concretos. Se a classe política brasileira fosse realmente sensível a esse tipo de abordagem, certamente estimularia o fortalecimento das ações coletivas, criando uma nova mentalidade social, inclusive com redução significativa do número de demandas na primeira instância e de recursos perante os tribunais<sup>1782</sup>. É lamentável, entretanto, que o legislador dê mais atenção às demandas individuais em detrimento das demandas coletivas.

Os projetos da nova Lei da Ação Civil Pública, para citar um exemplo, abruptamente foram fulminados no Congresso Nacional<sup>1783</sup>. Outro exemplo é o veto do art. 333 do CPC/2015, que trataria da “conversão da ação individual em ação coletiva”<sup>1784</sup>, na linha do

---

<sup>1780</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “O juiz e o poder”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 31, jul. 1984, p. 40-41.

<sup>1781</sup> No sentido de que a legitimidade judicial não deve ser buscada na soberania estatal, mas na própria comunidade, Cf. PICARDI, Nicola. “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, v. 58, n. 1, p. 72, 2004.

<sup>1782</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 252.

<sup>1783</sup> Trata-se dos Projetos de Lei n° 5.139/2009, da Câmara dos Deputados, e n° 282/2012, do Senado da República.

<sup>1784</sup> José Rogério Cruz e Tucci concorda com o veto, sob o fundamento de que o instituto é inconstitucional, “porquanto ofensivo às garantias do devido processo legal, bem como se descortina como exemplo emblemático de processo autoritário”. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. “Contra o processo autoritário”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 63, abr. 2015.

que já é permitido pelo Código de Processo Civil inglês<sup>1785</sup>. O instituto poderia ser um ótimo instrumento a favor do diálogo institucional e da governabilidade, se aplicado, ilustrativamente, nas demandas individuais que invocam prestações sociais do Estado (medidas de saúde, educação etc.).

Nesse sentido, pretende discipliná-lo o art. 30 do PL n° 8.058/2014 (Câmara dos Deputados), que objetiva instituir procedimento especial para disciplinar a intervenção judicial em políticas públicas, incentivando uma “postura mediadora” do juiz, de modo que a solução do caso — encontrada dialogicamente pelas partes envolvidas e o eventual auxílio de terceiros juridicamente interessados — permita, concomitantemente, a governabilidade e a eficácia do direito fundamental tutelado. Preferiu-se, todavia, a tradição do individualismo inerente ao Estado Liberal de Direito<sup>1786</sup>, que tanto influenciou nas origens do CPC/1973<sup>1787</sup>.

As razões do veto do incidente de conversão da ação individual em ação coletiva, acompanhando prévia manifestação da OAB, são no sentido de que o CPC/2015 já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. Essa motivação, todavia, não é convincente, pois, como se sabe, a dignidade das ações coletivas não está apenas na resolução de questões repetitivas. Pelo contrário, além de diminuir o número de demandas na primeira instância, o que não ocorre nas litigâncias de massa visadas pelo CPC/2015, as ações coletivas, se devida e legislativamente estruturadas, têm aptidão para, por intermédio de um único processo, transformar a realidade, eliminando focos de litigiosidade, sem prejuízo de direcionar os membros da sociedade no sentido de respeitar os direitos dos outros e cumprir os seus deveres<sup>1788</sup>. E, mais, tudo isso sem provocar uma série de processos na instância ordinária — primeiro e segundo graus de jurisdição —, pois, no tocante ao sistema de precedentes do

---

<sup>1785</sup> MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 52-53.

<sup>1786</sup> O CPC/1973 caracteriza-se por ser uma legislação “individualista”, “patrimonialista” e, originalmente, de “natureza eminentemente repressiva”, que aposta na “postura inquisitiva do juiz”. Nesse sentido, Cf. GODINHO, Robson. “A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 50, p. 180, out./dez. 2013.

<sup>1787</sup> No sentido da necessidade de se romper culturalmente com o individualismo e aprimorar as ações coletivas, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Requiem para a reforma dos processos coletivos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 265, p. 213-218, mar. 2017.

<sup>1788</sup> Conforme bem observa Edilson Vitorelli, “a mera existência do processo é suficiente, muitas vezes, para alterar a realidade. Se um autor coletivo imputa a um hospital ou a uma penitenciária abusos contra as pessoas sob sua responsabilidade, é provável que seus gestores, ao tomarem ciência da ação, providenciem mudanças, ainda que periféricas ou cosméticas, para atenuar ou desacreditar a narrativa da petição inicial. Ao fazer alterações simples, que atendam às reivindicações mais periféricas do grupo envolvido, o réu altera os fatos que embasam a pretensão e predispõe o juiz contra ela, ao mesmo tempo em que se beneficia da compreensível reticência do julgador em ingressar em assuntos complexos e alheios à sua atividade rotineira”. Cf. VITORELLI, Edilson. “Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 43, n. 275, p. 291, jan. 2018.

CPC/2015, esse fato não ocorre com os institutos da “improcedência liminar do pedido” (art. 332), do “julgamento de recursos excepcionais repetitivos” (arts. 1.036-1.041) e do “incidente de resolução de demandas repetitivas” (arts. 976-987), institutos esses que, diferentemente da ação civil pública, lidam apenas com questões de direito.

O que parece, com essa aversão às ações genuinamente coletivas, como é o caso da ação civil pública, é a existência de um *lobby* a favor da reserva de mercado, fato que, não obstante possa favorecer uma determinada classe ou categoria, é nitidamente prejudicial ao desenvolvimento da função jurisdicional e do próprio Estado de Direito.

O Brasil, ao que parece, permanece vinculado ao modelo italiano, que ainda hoje não evoluiu significativamente em termos de ações coletivas<sup>1789</sup>. Deveria, assim, seguir os modelos inglês e, principalmente, norte-americano, que prestigiam as ações coletivas. A opção brasileira, contudo, foi pelo IRDR — instituto inspirado em modelo experimental alemão<sup>1790</sup>, cuja disciplina tem sido questionada por parte da doutrina<sup>1791</sup> — e pelos recursos excepcionais repetitivos. Apesar de a cultura processual civil alemã ser historicamente

<sup>1789</sup> A doutrina clássica italiana já chamava a atenção sobre a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva na Itália, inclusive com inspiração nas *class actions* norte-americanas. Nesse sentido, Cf. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 287. A tutela jurisdicional coletiva italiana praticamente restringia-se à tutela inibitória. A possibilidade de tutela ressarcitória somente surgiu em 2008, após a aprovação e introdução, em dezembro de 2007, do art. 140-*bis* ao Código de Defesa do Consumidor italiano. Por esse sistema, após o juízo de admissibilidade, o juiz fixará um prazo não superior a 120 dias, para que os interessados optem formalmente por aderir ou não ao processo coletivo. Trata-se do conhecido modelo *opt-in*. Apesar de ser um avanço, é certo que a redação desse dispositivo restringe bastante a utilização dessa modalidade de tutela coletiva, ou seja, ela somente é cabível para os casos ali previamente tipificados. Sendo assim, na Itália, a tutela coletiva ainda tem muito a avançar, para prever, por exemplo, a sua inserção em outros campos de tutela de interesses metaindividuais. Cf. TARUFFO, Michele. “La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, anno LXI, n. 2, p. 529-537, giu. 2007; CAPONI, Remo. “Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela”. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, anno LXIII (seconda serie), n. 5, p. 1205-1225, set./out. 2008; TARUFFO, Michele. “La tutela collettiva nell’ordinamento italiano: lineamenti generali”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, anno LXV, n. 1, p. 103-123, mar. 2011.

<sup>1790</sup> O Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais (*KapMuG*) foi instituído, por lei, em 1º de novembro de 2005, com prazo experimental de vigência até 1º de novembro de 2010. Nesse sentido, Cf. CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 330-331. Para uma visão mais ampla, Cf. CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. “Due modi di mettere le azione collettive alla prova: Inghilterra e Germania”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 3, p. 891-914, sett. 2006.

<sup>1791</sup> Marcos Cavalcanti, por exemplo, por afrontar o devido processo legal e se assemelhar a uma ação coletiva passiva, aponta as seguintes possíveis inconstitucionalidades na regulamentação do IRDR: a) há violação à independência funcional dos juízes e à separação de poderes, pois a vinculação de teses jurídicas aos órgãos de hierarquia inferior não está prevista na CF; b) há violação ao contraditório, pois não há controle acerca da representatividade adequada da sociedade quanto ao processo selecionado; c) ao exigir a observância dos Juizados Especiais, há violação ao sistema de competências previsto na CF; d) há violação ao direito de ação, pois não há previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (*opt-out*) do julgamento proferido no IRDR. Cf. CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 587-588 e 603. Registre-se que, no geral, nas ações de classe do direito anglo-saxão, prefere-se o sistema *opt-out*, e, nas do direito continental europeu, o sistema *opt-in*. Nesse sentido, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 48.

individualista<sup>1792</sup> e privatista, em que o princípio do dispositivo é justificado pela ausência de interesse estatal nos efeitos decorrentes da resolução da controvérsia<sup>1793</sup>, o legislador brasileiro espera que esses institutos sejam verdadeiros instrumentos de efetividade na resolução de demandas de massa<sup>1794</sup>.

É preciso perceber, todavia, que efetividade do processo não se confunde com a mera aplicação abstrata de precedente jurisprudencial<sup>1795</sup>. “Não bastam soluções quantitativas”, preleciona Cândido Rangel Dinamarco<sup>1796</sup>, “é indispensável também estar atento à efetiva justiça que o processo seja capaz de proporcionar”. Por outro lado, “efetividade do processo” é uma expressão que também não se equipara à efetividade da sentença. Como adequadamente observa Calmon de Passos<sup>1797</sup>, e esta é uma afirmação fundamental para a compreensão deste estudo, “equiparar a efetividade do processo à efetividade do decidido

<sup>1792</sup> A cultura jurídica alemã, apesar de também voltada ao associativismo e ao agrupamento, mantém-se atrelada à tutela processual individual, ou seja, ao modelo de processo bipolar, com as duas partes do conflito bem definidas. Há, todavia, previsão esparsa de ações coletivas cuja legitimação para ajuizamento recai sobre as associações, ações essas restritas às tutelas inibitória e declaratória. Não há previsão, ainda hoje, de ações coletivas para obrigação de pagar, ou seja, para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos individualmente sofridos. A tutela coletiva na Alemanha, nessa perspectiva, inclusive por não ter uma legislação sistematizada, apresenta-se como uma exceção. Apesar disso, inclusive por pressão da doutrina quanto à necessidade de melhor lidar com as demandas de massa, criou-se o chamado *Musterverfahren* (procedimento-modelo ou procedimento-padrão). Para aprofundar os pontos abordados nesta nota, Cf. STÜRNER, Rolf. “Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil”. Tradução de Márcio Flávio Mafra Leal. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 193, p. 355-371, mar. 2011; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 118-129.

<sup>1793</sup> WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Traducción Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1958, p. 2-3 e 59-61.

<sup>1794</sup> O legislador brasileiro, percebendo as vantagens da ação civil pública, deveria posicionar o sistema de resolução de causas repetitivas de forma subsidiária. É o que vem ocorrendo, por exemplo, na Inglaterra, pois, conforme se observa na *Rule 19* do CPC inglês, a *Group Litigation Order (GLO)*, como incidente processual de resolução coletiva de litígios de massa, possui natureza subsidiária em relação aos processos por representação (*representative actions*), geneticamente ligados às *class actions* norte-americanas. A *GLO* inglesa, dessa forma, somente será utilizada, se a ação coletiva não se mostrar mais apropriada para o caso. Nesse sentido, Cf. CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. “Due modi di mettere le azione collettive alla prova: Inghilterra e Germania”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 3, p. 902, sett. 2006. Para um estudo comparativo entre o IRDR e a *GLO* britânica, Cf. LÉVY, Daniel de Andrade. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil: exame à luz da *group litigation order* britânica”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 196, p. 165-205, jun. 2011.

<sup>1795</sup> Observe-se o procedimento-modelo do direito alemão (*Musterverfahren*) e a ordem de litígio em grupo inglesa (*GLO*) versam tanto sobre questões de fato como de direito. São institutos, portanto, que têm potencialidade para solucionar a fonte de litigiosidade. Não é o que acontece, todavia, com o IRDR, que, por lidar apenas com questões de direito, não tem o condão de impedir o ajuizamento de diversas demandas judiciais. Embora possa reduzir alguma sobrecarga do Poder Judiciário, o caráter patrimonial repressivo do IRDR, voltado à tutela de interesses individuais homogêneos, não impede o ajuizamento de demandas judiciais, notadamente quando reconhece a procedência genérica da postulação. Por isso, é preferível o aprimoramento da ação civil pública, que pode prevenir a judicialização atomizada dos megaconflitos. Nesse sentido, Cf. CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 426, 495-496 e 613-614.

<sup>1796</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 433.

<sup>1797</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. “Cidadania e efetividade do processo”. *Ensaio e artigos*. Vol. 1. Salvador: JusPODVIM, 2014, p. 393.

pelo magistrado é propugnar a inefetividade da cidadania”.

O valor “efetividade”, assim, deve ser visto pelos resultados e pelo aspecto social do processo, potencializando os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política ou econômica<sup>1798</sup>. O processo, no Estado Constitucional, embora deva ser razoavelmente previsível, orientando a sociedade por meio de precedente judicial, existe para promover os fins da pessoa humana, o que significa dizer que o seu compromisso também diz respeito à efetiva tutela dos direitos<sup>1799</sup>.

O processo deve ser concebido como instrumento de que a função jurisdicional do Estado serve, para resolver as crises de direito material<sup>1800</sup>. O valor “efetividade” não se trata apenas de finalizar o processo, da solução pontual do conflito, como seria a entrega de um medicamento ou a realização de um serviço médico em favor de um sujeito individualizado. Trata-se, sim, da potencialidade da jurisdição democrática no sentido de “identificar as suas reais causas” e, como efeito decisório, transformar a realidade social, a fim de permitir melhores condições de sustentabilidade no desenvolvimento das relações sociais. A efetividade do processo, em outros termos, deve ser mensurada pelo reconhecimento dos jurisdicionados, tornando-o instrumento legítimo e democrático de solução do conflito e, concomitantemente, de alteração da realidade na perspectiva das opções políticas tomadas previamente pela sociedade (instrumentalismo substancial)<sup>1801</sup>.

Embora a solução da crise do Poder Judiciário também dependa de investimentos em recursos materiais e humanos proporcionais à demanda de seus serviços, não se pode perder de vista que a sua margem de confiança e de legitimidade depende da fidelidade de suas decisões ao direito posto (democraticamente) e às exigências dos fatos sociais<sup>1802</sup>. Nesse contexto, considerando que também é da essência da função jurisdicional dar significado aos valores públicos<sup>1803</sup>, pode-se afirmar que somente o uso adequado das ações coletivas permitiria aproximar o processo da realidade social, transformando-a na perspectiva de melhorar a vida dos jurisdicionados e com o escopo de evitar a repetição de ilícitos, tudo isso

---

<sup>1798</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 103-104.

<sup>1799</sup> MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 55-65, mar. 2014.

<sup>1800</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

<sup>1801</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 36-44.

<sup>1802</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil: direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005, p. 262.

<sup>1803</sup> FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, p. 97-99.

além de diminuir o volume de demandas individuais, o qual, estatisticamente, só cresce e dificulta o alcance de uma prestação jurisdicional de qualidade.

Não é incomum as Varas da Fazenda Pública lidarem diariamente com litígios marcados pela indivisibilidade dos interesses metaindividuais e apenas prestar uma tutela jurisdicional voltada a entrega da prestação jurisdicional a um único cidadão. Resolve-se o caso, mas, ao arrepio de qualquer noção elementar de efetividade, a situação fática da repetição de demandas individuais, a exemplo da constante falta de medicamento ou da prestação insuficiente de serviços de saúde pública, continua a se repetir. Com efeito, diferentemente do que ocorreria, se fosse adotado, no Brasil, um tratamento adequado das ações coletivas, essa solução atomizada de conflitos acarretaria, além da sobrecarga dos serviços e do desprestígio da função jurisdicional, um desestímulo intelectual dos juízes<sup>1804</sup>, que não veem os seus esforços diários gerarem bons frutos.

Sendo assim, impõe-se enfatizar, como forma de se atingir um efetivo processo e melhorar a qualidade dos serviços judiciários no Brasil, a tutela inibitória coletiva, caracterizada, na conhecida lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>1805</sup>, “por ser voltada para o futuro, independentemente de estar sendo dirigida a impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito”. É preciso perceber que, não obstante a regulação do CPC/2015, esse sistema ainda deve ser preferível ao de julgamentos de massa padronizados (por precedentes), que podem até resolver, em certa perspectiva, “o problema do excesso de demandas para as Cortes Superiores, mas não o faz para o Judiciário como um todo”<sup>1806</sup>.

Observe-se que, diante do notório, crescente e assustador número de processos em tramitação no Brasil e do fato de o juiz brasileiro não ter formação administrativa, já se pensa em adotar por aqui, na linha do direito alemão, a figura do “administrador judicial”, que teria o encargo de administrar e controlar a tramitação sistemática e contínua dos feitos, além de proferir despachos e até mesmo expedir ordens de pagamento<sup>1807</sup>. O caminho, todavia, deve ser outro. Deve-se preocupar, sem ferir o acesso à justiça, com a “litigância de qualidade”, ou seja, aquela cujo resultado produzirá melhores frutos em benefício da sociedade.

As atuações legislativa, por meio da dogmática jurídica, e judiciária, criando a norma do caso, devem ser vistas como atividades “complementares” na tarefa de tutelar os direitos,

---

<sup>1804</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006, p. 7.

<sup>1805</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 28-29.

<sup>1806</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 52.

<sup>1807</sup> NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. “Eficiência processual: algumas questões”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 34, n. 169, p. 131, mar. 2009.

cada uma em momento próprio. Nesse contexto, repita-se, as reformas processuais, se realmente desejassem que o processo jurisdicional produzisse resultados socialmente satisfatórios e efetivos, deveriam ter na mira a filosofia dos processos genuinamente coletivos: resolver molecularmente os conflitos de interesses, em vez de atomizá-los e pulverizá-los, evitando a multiplicação de processos e o congestionamento dos tribunais<sup>1808</sup>.

Para qualitativamente resolver o problema do excesso de demandas judiciais, por exemplo, poder-se-iam instituir, pela via legislativa, na linha do que defendem Sérgio Cruz Arenhart<sup>1809</sup> e Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>1810</sup>, a sistemática da suspensão das causas individuais idênticas e a proibição do ajuizamento de ação individual, quando do ajuizamento da ação coletiva, com a ressalva de casos particulares eventual e previamente estabelecidos pela legislação. Afinal, a solução do problema, pelo menos quanto ao módulo processual de conhecimento, ocorrerá pela via do processo coletivo.

De igual modo, concorda-se com a tese de Eduardo Talamini<sup>1811</sup>, no sentido de que, pelo menos como regra geral e embora não seja uma tarefa fácil ou equação simples, é preciso, de um lado, eliminar focos de litigiosidade atualmente infensos às ações coletivas (matéria previdenciária, tributária, FGTS etc.), e, de outro, atribuir repercussão negativa do resultado do processo coletivo sobre as pretensões e ações individuais, inclusive quanto à tutela de interesses individuais homogêneos, contribuindo para a economia processual e a estabilização de uma resposta jurisdicional uniforme para casos iguais, sem prejuízo de conferir tutela jurisdicional plena ao réu, garantindo-lhe segurança jurídica.

Não se pode esquecer de que, no contexto do Estado Constitucional e Democrático de Direito, a garantia do acesso à justiça não mais pode ser considerada, simbolicamente, como algo idêntico ao direito a uma resposta jurisdicional<sup>1812</sup>. Sendo assim, para que as iniciativas do legislador democrático deem certo, revela-se imprescindível visualizar, sob o ponto de vista ideológico, as ações coletivas como instrumento de “avanço social” e “cidadania”, fato que reclama o aprimoramento das técnicas processuais adequadas à efetiva prestação da tutela

---

<sup>1808</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009, p. 295.

<sup>1809</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 51-52.

<sup>1810</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011, p. 477-478.

<sup>1811</sup> TALAMINI, Eduardo. “Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 241, p. 337-358, mar. 2015.

<sup>1812</sup> WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. *Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe coordenadores. São Paulo: RT, 1988, p. 128-129.

jurisdicional<sup>1813</sup>. Do contrário, “sem tutela coletiva completa, adequada e suficiente, é inviável pensar-se em estímulo para o que o jurisdicionado opte por não manejar o processo individual”<sup>1814</sup>.

Como se percebe, as ações coletivas, além de gerarem acesso à justiça, têm como fundamento de política judiciária a efetividade do princípio da economia processual, fundamental em um cenário de escassez de recursos e, paradoxalmente, de aumento das necessidades sociais. Nessa perspectiva, a improcedência liminar do pedido e a institucionalização dos incidentes de demandas e recursos repetitivos devem ocorrer sem prejuízo da constante busca de aprimoramento da tutela dos direitos por meio das ações coletivas<sup>1815</sup>.

Como já ventilado neste estudo, esse sistema de resolução de demandas de massa, na realidade, serve muito mais ao Poder Judiciário do que à sociedade e aos jurisdicionados, pois sua utilidade volta-se à celeridade e à uniformidade de julgamentos. Impõe-se visualizar que as duas técnicas — institutos relacionados à resolução de questões repetitivas e a ação civil pública — são complementares, e não excludentes<sup>1816</sup>. Nesse sentido, é fundamental que o legislador, doravante, volte a sua atuação para o aprimoramento da ação civil pública, visando torná-la, cada vez mais, um instrumento de solução de conflitos que prestigie a condição social do jurisdicionado, resolvendo o conflito e impedindo a sua renovação. Observe-se que, mesmo atualmente, o sistema jurídico reverencia a ação civil pública, quando, por intermédio da sistemática da coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 103 do CDC; art. 16 da Lei n° 7.347/1985), prioriza a sua análise de mérito<sup>1817</sup>.

Assim, como defende Vicente de Paula Maciel Júnior<sup>1818</sup>, em vez de um tradicional e retrógrado modelo de processo centrado no individualismo convencional, deve servir de paradigma, atualmente, um modelo que, na essência, visualize as ações coletivas como “ações temáticas”, ou seja, o que importa é o debate sobre temas sociais relevantes, para, como

<sup>1813</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 124-132.

<sup>1814</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. “Congestionamento viário e congestionamento judiciário – reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 236, p. 18-19, out. 2014.

<sup>1815</sup> ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 535.

<sup>1816</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 61.

<sup>1817</sup> DIDIER JR., Fredie; ZENETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 103-106. Observe-se que o mesmo regime jurídico é aplicável à ação popular (art. 18 da Lei n° 4.717/1965).

<sup>1818</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 178.

efetivo instrumento de cidadania, modificar a realidade fática em conformidade com os valores do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a exemplo do que ocorre com as “ações de classe” norte-americanas, e como há representatividade adequada<sup>1819</sup> da coletividade atingida pelo julgamento, permite-se, pelo manejo das ações coletivas, um debate judicial de alto nível, atacando a raiz social dos litígios, o que parece ser ainda mais relevante na complexa área da saúde pública.

### **7.1.3 Do incidente de coletivização como parte integrante do procedimento especial de controle de políticas públicas de saúde**

Como visto acima, a lesão aos direitos fundamentais sociais, a exemplo dos pleitos relacionados a bens e serviços de saúde pública, deve ser reparada, preferencialmente, por meio de processo genuinamente coletivo, pois estão em jogo interesses difusos da sociedade<sup>1820</sup>. Defende-se, neste trabalho, que o juiz deve verificar, quando da análise do pedido, se existe verdadeiramente um grupo, categoria ou classe de pessoas que poderia ser beneficiada pela sentença puramente individual. Defende-se, assim, que é preciso romper com o paradigma liberal-racionalista de processo, de natureza meramente retrospectiva e ressarcitória, para se “pensar coletivamente” o processo, agora com potencial função prospectiva, em um modelo de jurisdição adaptado à complexidade dos litígios da sociedade atual. Trata-se, sem dúvida, de uma questão cultural, que pode perfeitamente ser incentivada pelo legislador<sup>1821</sup>.

Nessa perspectiva, no intuito de proporcionar um processo democrático no controle judicial de políticas públicas, o Deputado Federal Paulo Teixeira apresentou o PL n° 8.058/2014. Conforme a exposição de motivos, a versão inicial do projeto é resultado das pesquisas sobre a matéria lideradas pelos professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Posteriormente, algumas alterações ocorreram a partir dos debates estabelecidos em algumas instituições nacionais (Faculdade de Direito de Vitória, USP, ASSP, Universidade de Itaúna, CEBEPEJ e IASP) e estrangeiras (Universidad Lomas de Zamora, em Buenos Aires), bem como das últimas experiências de tribunais da Argentina, da Colômbia e dos Estados Unidos da América, quando se atingiu a proposta final.

---

<sup>1819</sup> Sobre a temática da “representatividade adequada” nas ações coletivas, Cf. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007, p. 99-135.

<sup>1820</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142.

<sup>1821</sup> Sobre a necessidade de um procedimento específico para a tutela judicial de políticas públicas, Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

O projeto, reconhecendo a natureza estrutural desses litígios envolvendo políticas públicas, estabelece os princípios que regerão o controle judicial, destacando-se, de um lado, a garantia do mínimo existencial e, de outro, a preocupação com a universalidade da medida e o equilíbrio orçamentário<sup>1822</sup>. Extremamente importante é o destaque atribuído às características desse tipo de processo, as quais, certamente, evidenciam a necessidade de tratamento jurídico diferenciado, especialmente pela coletivização e pelo compromisso com as balizadas peculiaridades de uma jurisdição dialógica e democrática, inclusive na fase de execução.

Nesse sentido, dispõe, nos termos do parágrafo único do art. 2º, que as demandas envolvendo políticas públicas terão as seguintes particularidades: I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes; II – policêntricas<sup>1823</sup>, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade; III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade; IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica; V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto; VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual; VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público; IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis; X – que flexibilizem o cumprimento das decisões; XI – que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.

Após definir critérios de competência<sup>1824</sup>, o projeto disciplina as peculiaridades da petição inicial, com destaque para a necessidade de indicar, com precisão, a medida necessária para a implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade

---

<sup>1822</sup> De acordo com o art. 2º, os seguintes princípios regerão o controle judicial de políticas públicas, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: I – proporcionalidade; II – razoabilidade; III – garantia do mínimo existencial; IV – justiça social; V – atendimento ao bem comum; VI – universalidade das políticas públicas; VII – equilíbrio orçamentário.

<sup>1823</sup> O “policentrismo”, como característica das demandas judiciais por prestações de saúde pública, será mais bem estudado no último tópico deste capítulo 7, como característica dos litígios estruturais.

<sup>1824</sup> Conforme preconiza o art. 3º, é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ação coletiva proposta por legitimado estabelecido pela legislação pertinente, ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais. Naturalmente, para a implementação ou correção de política pública, é admissível qualquer espécie de ação ou provimento (art. 3º, parágrafo único).

responsável por sua efetivação<sup>1825</sup>. O projeto disciplina também a fase preliminar do processo, em que se destaca a necessidade de a autoridade responsável pela política pública, de forma pessoal, prestar informações precisas sobre o planejamento administrativo relacionado ao problema<sup>1826</sup>, algo que não tem sido observado pelos juízes atualmente, bem como as consequências pela ausência dessas informações<sup>1827</sup>.

Essa fase preliminar de informações administrativas, todavia, pode ser abreviada, quando houver a necessidade de se anteciparem os efeitos da tutela, cabível para assegurar o “mínimo existencial”<sup>1828</sup>. No particular, como já visto neste trabalho, trata-se de conceito demasiadamente aberto<sup>1829</sup>, que pode ser utilizado tanto para negar ao jurisdicionado a prestação jurisdicional como para a indesejável prática de ativismos judiciais antidemocráticos. Sugere-se, no particular, como tese desta pesquisa, que a tutela antecipada satisfativa seja deferida, quando houver o preenchimento de alguma das situações denominadas de “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, critério que pode ser verificado objetivamente, proporcionando maior controle e sensação de segurança jurídica. São situações em que a decisão, em princípio, revela-se inevitável, por conta da pressão do tempo sobre o processo. Nas demais situações, todavia, como sugere o próprio PL n° 8.058/2014, devem-se prestigiar as soluções consensuais por meio do diálogo interinstitucional viabilizado pela coletivização e pela democratização do processo.

O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das

---

<sup>1825</sup> De acordo com o PL n° 8.058/2014, a petição inicial obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil e deverá indicar, com precisão, a medida necessária para a implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação (art. 4°). A petição inicial indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, e, em razão desta, será determinada a competência (art. 4°, parágrafo único). Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase preliminar (art. 5°). Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados (art. 8°, § 1°).

<sup>1826</sup> A título de fase preliminar do processo, estabelece o art. 6° que, estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste — pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período — informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado: I — o planejamento e a execução existentes; II — os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação; III — a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção; IV — em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas; V — o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.

<sup>1827</sup> Se não prestadas as informações indicadas no art. 6°, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente, para comparecer a juízo (art. 8°).

<sup>1828</sup> De acordo com o art. 7°, se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, estando, nessa hipótese, dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6°.

<sup>1829</sup> Para efeito do PL n° 8.048/2014, considera-se mínimo existencial o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana (art. 7°, parágrafo único).

informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo (art. 8º, § 2º)<sup>1830</sup>. Se considerar as informações insuficientes, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins (art. 9º).

Caso tenha por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados (art. 10). Admite-se, na fase preliminar e no processo judicial, a intervenção de *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente (art. 10, parágrafo único). Esses aspectos estão corretos<sup>1831</sup>, conforme se desenvolverá melhor adiante.

O PL nº 8.058/2014 prevê, além da disciplina da mediação e arbitragem<sup>1832</sup>, a disciplina da conciliação<sup>1833</sup> e do termo de ajustamento de conduta (TAC)<sup>1834</sup>. Não havendo acordo, o juiz examinará, em juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e da atuação da Administração, podendo extinguir o processo com resolução do mérito<sup>1835</sup>, ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente para apresentar resposta (art. 14).

---

<sup>1830</sup> No particular, dispõe o parágrafo único do art. 28 que cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissão de especialistas destinada a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

<sup>1831</sup> No sentido de que a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas são instrumentos essenciais de democratização do processo, Cf. COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 417-419.

<sup>1832</sup> As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na legislação em vigor ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais (art. 11). A qualquer tempo e em qualquer fase e grau do processo, a autoridade judiciária poderá propor às partes que se submetam à mediação ou conciliação, conduzidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, nos termos da legislação em vigor (art. 11, § 1º). A audiência de mediação ou conciliação será obrigatória, quando se tratar de direito passível de transação (art. 11, § 2º). A remuneração dos mediadores e conciliadores e seus direitos e obrigações serão regidos pela legislação em vigor (art. 11, § 3º).

<sup>1833</sup> A qualquer momento, as partes poderão transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público ou o Defensor Público, conforme o caso (art. 12). A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial (art. 12, parágrafo único).

<sup>1834</sup> O Ministério Público ou outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão tomar da Administração ou do ente privado termo de ajustamento de conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, somente terá eficácia após manifestação do autor (art. 13). O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 12 (art. 13, parágrafo único).

<sup>1835</sup> Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence (art. 14, parágrafo único).

Determinada a citação<sup>1836</sup>, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para efeito de medidas coercitivas que eventualmente sejam impostas (art. 15).

Impõe-se esclarecer que todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide sempre que possível (art. 16). Ademais, para manter o equilíbrio orçamentário em relação ao mesmo ente federativo, o projeto estabelece a preferência pelo julgamento conjunto de vários litígios individuais<sup>1837</sup>.

O PL n° 8.058/2014 determina obrigações para os tribunais<sup>1838</sup>, o CNJ<sup>1839</sup> e o CNMP<sup>1840</sup>, no intuito de otimizar esses processos e estabelecer maior publicidade acerca dos mesmos. No que concerne aos pleitos relativos a prestações de saúde pública, devem ser incorporadas a esse projeto, todavia, as diretrizes estabelecidas pela Recomendação n°

---

<sup>1836</sup> O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública, observando o processo, no que couber, o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil, com as modificações com que o juiz e as partes concordarem, para melhor adequação ao objeto da demanda (art. 17).

<sup>1837</sup> De acordo com o art. 25, quando o tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas relativamente ao mesmo ente político e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos de competência do tribunal pleno ou do respectivo órgão especial serão reunidos para julgamento conjunto, objetivando-se a prolação de uma decisão equânime e exequível.

<sup>1838</sup> Os tribunais promoverão encontros periódicos — presenciais ou por videoconferência —, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria (art. 24). Sem prejuízo dessa providência, os tribunais fomentarão reuniões regionais com o mesmo objetivo, com periodicidade adequada (art. 24, parágrafo único). Impõe-se registrar que, para uma parte da doutrina, essa mudança legislativa, se aprovada, só será efetiva, caso haja uma mudança cultural nas relações entre os juízes. Nesse sentido, Cf. BERIZONCE, Roberto Omar; VERBIC, Francisco. “Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 56, p. 115, set./out. 2013.

<sup>1839</sup> O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com sua existência e estado (art. 26). Os órgãos judiciários a que forem distribuídos processos envolvendo controle de políticas públicas remeterão cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 10 (dez) dias (art. 26, § 1º). O CNJ editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado por meio da rede mundial de computadores (art. 26, § 2º). Esse regulamento disciplinará a forma pela qual os juízes comunicarão a existência de processos, objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução (art. 26, § 3º).

<sup>1840</sup> O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas à abertura do inquérito e à existência do compromisso (art. 27). Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão cópia ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de 10 (dez) dias (art. 27, § 1º). De igual modo, o CNMP editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados para viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado (art. 27, § 2º).

31/2010, do CNJ, resultante da audiência pública nº 4 do STF, dentre as quais se inclui a obrigação dos tribunais no sentido de viabilizar o apoio técnico aos magistrados, por intermédio de convênios que permitam o acesso de informações acerca da doença e prescrições precisas, bem como a oitiva dos gestores de saúde, preferencialmente por meio eletrônico<sup>1841</sup>.

Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor — algo muito comum na prática forense —, dispõe o art. 28 do PL nº 8.058/2014 que o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 7º, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração. Já se viu, nesta pesquisa, que o paradigma do “mínimo existencial” não é um critério dotado de objetividade, razão pela qual se sugere a substituição pelo critério da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”.

De todo modo, nos termos do PL nº 8.058/2014, o juiz, constatando pleito em demanda individual com repercussão em interesses metaindividuais, notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas, para, querendo, ajuizarem o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública (art. 29).

Nessa perspectiva, atendido o requisito da relevância social, e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que: I – tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete, ao mesmo tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, por sua natureza ou por disposição de lei, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte rival (art. 30).

Determinada a conversão — do processo individual em processo coletivo —, o autor manterá a condição de legitimado para a ação em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva (art. 30, § 1º). O Ministério Público ou outro legitimado poderão aditar ou emendar a petição inicial, para adequá-la à tutela coletiva, no prazo a ser fixado pelo juiz (art. 30, § 2º). Se nenhum dos co-legitimados aditar ou

---

<sup>1841</sup> CUEVA, Ricardo Villas Boas. “Parâmetros para a judicialização do direito à saúde”. *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Estudos em homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Claudio Lembo, Mônica Herman Caggiano e Manoel Carlos de Almeida Neto coordenadores. São Paulo: RT, 2015, p. 515.

emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para que indique membro da instituição para fazê-lo (art. 30, § 3º)<sup>1842</sup>. A coisa julgada terá efeito *erga omnes*, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 do CDC (art. 30, § 4º), e o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica, se não intervier como parte (art. 30, § 5º).

Por sua vez, também disciplinava o incidente de coletivização o art. 333 do CPC/2015, que foi, equivocadamente, vetado:

Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º. Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º. A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º. Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º. Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º. Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º. O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º. O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º. Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º. A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.

É inegável que, nos processos envolvendo pedidos de prestações de bens e serviços individuais de saúde pública, que são objeto desta tese, esse incidente de coletivização encaixa-se perfeitamente, como forma de se viabilizarem, ao final, por consenso entre as

<sup>1842</sup> Observe-se que essa regra proposta diferencia-se da sistemática imposta pelos arts. 9º, § 1º, da LACP, e 28 do CPC, por haver “determinação” ao CSMP, que se limita a cumprir a ordem judicial de aditamento. Por isso, há vertente doutrinária advogando a tese de que haveria quebra da inércia do Judiciário, sem prejuízo de colocar em risco a imparcialidade do juiz e prejudicar a representatividade adequada da causa. Nesse sentido, Cf. COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 411-412.

instituições envolvidas ou por decisão condenatória, medidas de caráter universal, para atender a maiores segmentos sociais.

Esses casos, a despeito de a pretensão ser formulada individualmente (atomizada), merecem tratamento coletivo (molecularizado), pois os efeitos da decisão acabam atingindo a coletividade, e de nada adianta, por exemplo, a formação de coisa julgada material *inter partes*, se, ainda que reflexamente, os efeitos da decisão atingirão todos<sup>1843</sup>. Esses conflitos, portanto, devem ser coletivizados, para que se encontre uma solução universalizável.

Dessa forma, embora possam ser feitos ajustes pontuais, o incidente de coletivização proposto revela-se uma técnica processual adequada à tutela universal de prestações de saúde pública. Constata-se, todavia, que ainda há forte resistência cultural quanto a esse instituto (coletivização do processo), por inegável apego corporativo aos ditames da jurisdição liberal, de conotação retrospectiva, sob a alegação de que o incidente de coletivização do processo é inconstitucional e autoritário<sup>1844</sup>. O que se percebe, no particular, é a aversão a qualquer tentativa de ampliação dos espaços da ação civil pública, por conta da tradição jurídica brasileira<sup>1845</sup>. Como já ressaltado, até se concorda com alguma coletivização, a exemplo do IRDR<sup>1846</sup>, mas se a valorização for da ação civil pública, o discurso muda completamente.

O que se tem percebido, na realidade, é que o discurso majoritário encontra-se no

---

<sup>1843</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 57-61.

<sup>1844</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. “Contra o processo autoritário”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 62-63, abr. 2015.

<sup>1845</sup> Bruno Dantas, por exemplo, entende que “o estímulo à formação de uma *ideologia coletivizante* traz riscos severos não apenas à proteção de direitos subjetivos, mas ao próprio Estado de Direito”. Cf. DANTAS, Bruno. “Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 251, p. 349, jan. 2016.

<sup>1846</sup> Defendendo que o microsistema para o julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC) integra o modelo brasileiro de tutela coletiva, Cf. ZANETI JR., Hermes. “Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 111, v. 421, jan./jun. 2015, p. 269-276. Marcos Cavalcanti defende que, mesmo resolvendo abstratamente questão homogênea de direito, o IRDR assume a natureza jurídica de “incidente processual coletivo”. Nessa perspectiva, a finalidade maior do seu julgamento é resolver de forma coletiva e abstrata as questões de direito discutidas de forma pulverizada. Cf. CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 504 e 531. Impõe-se perceber, contudo, que não se trata de ação coletiva típica. Nesse sentido, Márcio Flávio Mafra Leal, apesar de advogar a tese de que são características das ações coletivas os “efeitos do comando sentencial”, que devem transcender às partes do processo, e a “legitimação especial do autor”, defende que “o processo-modelo não constitui uma espécie autônoma, mas uma técnica de racionalização de questões de direito comuns”. Cf. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014, p. 35. Diferentemente, todavia, entende Sofia Temer, que, apesar de reconhecer a existência de eficácia coletiva do instituto, advoga a tese de que o IRDR, por apenas resolver uma questão de direito abstrata, inclui-se entre as espécies de processo objetivo. Para essa autora, portanto, o IRDR não é técnica de processo coletivo, e, para corroborar sua tese, observa o seguinte: a) no IRDR, apenas há resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da causa concreta; b) a desistência do que seria a “causa-piloto” não impede o prosseguimento do incidente, o que confirma o seu caráter objetivo; c) no processo coletivo, não há uma preocupação direta com a tutela da ordem jurídica objetiva. Cf. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 68-69 e 91-97.

“sensu comum teórico”<sup>1847</sup>, pois pretende, por razões nem sempre confessáveis, manter o *status quo*, que não beneficia toda a sociedade, sendo que o verdadeiro papel da doutrina, diante dessa situação, não é o de mera acomodação argumentativa, mas sim o de promover o “questionamento democrático”<sup>1848</sup> a respeito.

Nesse sentido, verifica-se que, se bem analisado, não há inconstitucionalidade no procedimento do incidente de coletivização, uma vez que a essência do devido processo legal permanece intacta. O acesso à justiça individual permanece assegurado, inclusive se percebe que o jurisdicionado não arcará com qualquer despesa processual decorrente da coletivização e poderá aduzir outros pleitos, que correrão em autos apartados. Ressalta-se, todavia, que o direito fundamental à tutela de urgência deve ser assegurado sempre, por sua própria natureza. Observe-se que, no microsistema de resolução de litigância de massa (recursos excepcionais repetitivos e IRDR), há suspensão dos litígios individualizados, mas se respeita a possibilidade de se pleitearem medidas interinas de urgência e de se apontar a distinção de casos. Esse e outros compatíveis aspectos do microsistema de resolução de casos repetitivos, para fins deste estudo, podem ser adotados por analogia<sup>1849</sup>.

Ademais, trata-se o incidente de coletivização de uma “técnica de prevenção de litígios”, a exemplo do que, analogamente, observa-se no incidente de assunção de

---

<sup>1847</sup> Conforme preleciona Luiz Alberto Warat, “os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político de investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças, para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder”. Cf. WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I. interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 15.

<sup>1848</sup> Questionar dogmas faz parte da democracia. Nessa perspectiva, preleciona Juliano Zaiden Benvindo: “não há democracia sem perturbar nossas certezas, sem desarranjar nossas conquistas, sem provocar nossas tristes lembranças. A democracia somente é democrática porque reconhece a fragilidade de nossas certezas, os riscos de desarranjo de nossas conquistas, a necessidade de repensar e rediscutir nosso passado, mesmo quando nos traga tristes lembranças. E não há ingenuidade: a democracia convive com o conflito cotidiano. Por isso, fazem-se urgentes a desmitificação de ‘verdades’, a desconstrução do discurso, o repensar a história”. Cf. BENVINDO, Juliano Zaiden. “A ‘última palavra’, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 71-72, jan./mar. 2014.

<sup>1849</sup> Existe um conjunto de regras que compõem o núcleo do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos: a) “reconhecimento da conexão por afinidade, com suspensão dos processos em que a questão a ser decidida se repete”; b) “exercício do direito à distinção e revogação da suspensão indevida” (art. 1.037, §§ 8º a 13, do CPC); c) “estímulo à desistência do processo, antes de proferida a sentença” (art. 1.040, §§ 1º a 3º, do CPC); d) “comunicação ao órgão, ente ou agência reguladora, no caso de questão relacionada à prestação de serviço objeto de concessão, permissão ou autorização” – “comunicação da instauração e da decisão” (arts. 985, § 2º, e 1.040, IV, do CPC); e) “regramento do abandono” (art. 976, § 1º, do CPC); f) “regramento da competência para a concessão da tutela de urgência” (arts. 982, § 2º, e 1.029, § 5º, III, do CPC); g) “incorporação da decisão ao julgamento dos processos pendentes, sobrestados ou não” (arts. 985, I, e 1.040, I e III, do CPC); h) “seleção de caso representativo”; i) “identificação da questão a ser submetida a julgamento”. Nesse sentido, Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil (meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais)*. Vol. 3. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 683-690 e 703-706.

competência – IAC<sup>1850</sup> (art. 947 do CPC). Nota-se, no particular, que, por analogia, muitas regras genéricas do “microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios”<sup>1851</sup> também podem ser utilizadas no incidente de coletivização, a exemplo da divulgação e publicidade do processo, a participação ampliada (interessados e *amicus curiae*), a intervenção do Ministério Público e a eficácia da eventual decisão para processos futuros. De igual modo, verifica-se que é possível a cooperação entre juízos com a finalidade de “centralizar processos repetitivos” (art. 69, VI, do CPC), para resolver adequadamente o foco de litigiosidade. Não se trata, portanto, de algo absurdo ou estranho à ordem jurídica em vigor.

Na realidade, esclarece-se que, de acordo com o modelo doutrinário que se propõe nesta tese, nos processos individuais envolvendo prestações de saúde pública, o sistema jurídico, com a ressalva das situações envolvendo doenças raras ou genéticas, só permite que o juiz julgue e execute a sua decisão de imediato nos casos de extrema urgência, ou seja, naqueles casos em que a negativa de prestação jurisdicional pode acarretar um dano ou uma lesão irreparável à saúde do jurisdicionado. Nessa hipótese, para que uma pessoa não seja tratada como objeto descartável, deve-se assegurar a tutela jurisdicional satisfativa em sua integridade, mas, nas outras situações, isto é, naquelas em que o fator tempo não seja comprometedor, devem-se buscar soluções mais amplas e universalizáveis, com ampla possibilidade de participação popular nos debates, bem como permitir a governabilidade democrática. É que a questão, embora pareça, não é tão simples, pois pode arranhar o desenho institucional do sistema jurídico, exigindo soluções sofisticadas, que se afastam de dogmas ideologicamente consolidados em desfavor da coletividade em geral.

De igual modo, não se constata um perfil autoritário na coletivização do processo, pois este, por envolver também função pública relevante, não pode ficar refém da vontade exclusiva das partes, como se o sistema jurídico pátrio ainda permanecesse atrelado à jurisdição liberal-racionalista do século XIX. Impõe-se perceber, dessa forma, que a vontade das partes, no Estado Democrático de Direito, não é absoluta e deve ser equilibrada com o

---

<sup>1850</sup> Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha prelecionam que o IAC tem como finalidade prevenir e eliminar a divergência jurisprudencial, com vistas ao atendimento das exigências de isonomia e de segurança jurídica. Como esse instituto também faz parte do “microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios”, a ele se aplica, por exemplo, a exigência de “contraditório qualificado”, o que pode ocorrer pelo estímulo à participação de *amici curiae* e à realização de audiências públicas. Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil (meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais)*. Vol. 3. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 755-773.

<sup>1851</sup> Sobre essas regras, Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil (meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais)*. Vol. 3. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 690-715.

alcance de objetivos públicos da jurisdição. Nesse equilíbrio, certamente, existem institutos que convergem para o protagonismo das partes, a exemplo da cláusula geral de convenções processuais, e outros, como o que se trata nesta oportunidade, que viabilizam uma iniciativa judicial. Como ilustrativamente se percebe, não há desequilíbrio no sistema. É preciso aperfeiçoar, portanto, a correlação entre as tutelas coletiva e individual de direitos, que já não são mais autônomas e independentes, para produzir melhores e maiores benefícios sociais, inclusive em homenagem ao princípio da eficiência, disciplinador do exercício das funções estatais.

O que se propõe, portanto, é que o juiz das lides envolvendo prestações individuais de saúde pública, no exercício de seus poderes procedimentais, estabeleça, nos moldes do vetado art. 333 do CPC/2015 e do art. 30 do PL n° 8.058/2014 (Câmara dos Deputados), a coletivização do processo, democratizando-o na perspectiva da realização de diálogos interinstitucionais, para determinar soluções dotadas de universalidade, sem prejuízo da governabilidade e da concessão de provimentos de tutela jurisdicional de urgência, quando os casos individuais assim o exigirem.

Esse procedimento, todavia, ainda que possível, não deve ser imposto, deve ser dialogado e construído em conjunto com os envolvidos. Se for dessa forma, não se imputará ao juiz a pecha de autoritário. Refletir sobre essa flexibilidade no gerenciamento procedimental, portanto, é o objetivo do próximo tópico.

#### **7.1.4 Flexibilização procedimental e direito à participação em diálogos interinstitucionais envolvendo demandas de saúde pública**

Observe-se, de logo, que o modelo proposto no tópico anterior não é absurdo e há precedente legislativo, pois se corrobora essa tendência de uniformização de posições jurídicas na Lei n° 13.300/2016, que trata do mandado de injunção, possibilitando, na ação individual, a concessão de “eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”, inclusive, “transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator” (art. 9°, §§ 1° e 2°). É inegável, dessa forma, que o sistema jurídico já começa a aceitar esse novo inter-relacionamento entre as demandas individuais e coletivas, como forma de assegurar universalidade e isonomia.

É preciso ressaltar, entretanto, que o grande desafio da flexibilização procedimental é

a aparente limitação dos textos relativos ao art. 139, VI e X, do CPC/2015<sup>1852</sup>. Essa disciplina, todavia, como denunciou Paula Costa e Silva<sup>1853</sup>, já “nasce desajustada do seu tempo”, e a razão é a dificuldade cultural de se livrar de um sistema tipicamente submetido ao princípio da legalidade em direção a um novo paradigma. Apesar de ser um primeiro passo quanto à tradição brasileira<sup>1854</sup>, observa-se que, em outros ordenamentos jurídicos democráticos, já se tem admitida a possibilidade de o juiz adequar o procedimento às peculiaridades do direito material<sup>1855</sup>, ou seja, adaptar a forma e o conteúdo dos atos processuais<sup>1856</sup>. E o objetivo é evitar que estes sejam realizados inutilmente, sempre no intuito de agilizar o procedimento, sem prejuízo de as partes serem protegidas no que concerne às suas garantias decorrentes do devido processo legal<sup>1857</sup>. Impõe-se perceber, como pressuposto, que é a finalidade que marca o procedimento, e não o inverso. Por tais razões, o modelo ideal é aquele que foi sugerido em uma das versões anteriores do projeto do novo Código de Processo Civil, no sentido de que competiria ao juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”<sup>1858</sup>.

<sup>1852</sup> Art. 190. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; [...] X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. *Parágrafo único*. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

<sup>1853</sup> SILVA, Paula Costa e. “Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS”. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 147-148, abr./jun. 2011.

<sup>1854</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 40.

<sup>1855</sup> FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napole: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 29.

<sup>1856</sup> Remo Caponi critica a tradição italiana da rigidez procedimental do rito ordinário, sustentando que a tendência na Europa, atualmente, é no sentido de que os processos de cognição plena sejam flexíveis, para permitir que o juiz exerça poderes gerenciais de adaptação do procedimento às peculiaridades do conflito. Nessa perspectiva, esclarece que o ordenamento jurídico italiano, seguindo essa tendência europeia, apresentou tímida evolução nesta matéria a partir da Lei nº 162/2014, que atribuiu a nova redação ao art. 183-*bis* do CPC. Por esse novo regramento, permite-se ao juiz, durante a audiência, após avaliar concretamente a complexidade da matéria, dispor sobre a passagem do rito ordinário ao procedimento sumário de cognição previsto no art. 702-*bis* do CPC. Neste caso, a eventual complexidade da instrução probatória pode permitir ao juiz, pelo menos, a escolha por um dos dois ritos. Cf. CAPONI, Remo. “Rigidità e flessibilità del processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXXI, n. 6, p. 1442-1458, nov./dic. 2016. Há versão desse texto em português: CAPONI, Remo. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição”. Tradução de Michele Pedrosa Paumgarten. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro – RJ, ano 10, v. 17, n. 2, p. 531-549, jul./dez. 2016.

<sup>1857</sup> Para uma defesa *de lege ferenda* da maior flexibilização procedimental no processo penal, na perspectiva de ajuste dos procedimentos à realidade subjacente do fato delituoso, Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 251-254.

<sup>1858</sup> Nesse sentido, Cf. SILVA, Paula Costa e. “Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS”. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 137-149, abr./jun. 2011.

Nessa linha, apresenta-se o processo civil português, por intermédio dos deveres judiciais de “gestão”<sup>1859</sup> e “adequação formal”<sup>1860</sup> do processo. Na Itália, o tema não é novo<sup>1861</sup>, e, apesar de haver, atualmente, uma tendência de fixação apriorística de ritos diferenciados, a doutrina<sup>1862</sup> tem proposto um modelo de flexibilização e gestão processual pelo juiz, para atender às singularidades substanciais do litígio<sup>1863</sup>. Esse regime jurídico é similar ao que ocorre na França, onde também é possível adaptar o processo de acordo com a complexidade da controvérsia<sup>1864</sup>. Na Inglaterra, para citar um exemplo da tradição do *Common Law*, o *case management* tem permitido, ao contrário do clássico sistema adversarial, uma maior intervenção do juiz no controle procedimental do caso<sup>1865</sup>, a fim de buscar a solução mais efetiva, econômica e célere<sup>1866, 1867</sup>.

<sup>1859</sup> Assim dispõe o art. 6º, 1, do CPC português: “Cumpra ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”.

<sup>1860</sup> O art. 547 do CPC português preconiza o seguinte: “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

<sup>1861</sup> O tema foi abordado, por exemplo, nos seguintes textos: CARNELUTTI, Francesco. “Lineamenti della riforma del processo civile do cognizione”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, v. 6, n. 1, p. 3-81, 1929; DENTI, Vittorio. “Il processo di cognizione nella storia delle riforme”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVII, n. 3, p. 805-816, sett. 1993; CIPRIANI, Franco. “Il processo civile italiano: tra efficienza e garanzie”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LVI, n. 4, p. 1243-1261, dic. 2002.

<sup>1862</sup> BIAVATI, Paolo. “Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana”. Tradução de Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 225-243.

<sup>1863</sup> DALFINO, Domenico. “Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 3, p. 913, sett. 2014.

<sup>1864</sup> CADIET, Loic. “Complextà e riforme del processo civile francese”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 4, p. 1314-1315, dic. 2008. Na França, o tema está disciplinado no art. 764 do *Nouveau Code de Procedure Civile*: “Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l’instruction de l’affaire, eu égard à la nature, à l’urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l’avis des avocats. Il peut accorder des prorogations de délai. Il peut, après avoir recueilli l’accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l’article 450, celle du prononcé de la décision. Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu’en cas de cause grave et dûment justifiée. Le juge peut également renvoyer l’affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige”.

<sup>1865</sup> Por todos, Cf. ANDREWS, Neil. “Relações entre a corte as partes na era do *case management*”. Traduzido por Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 217, p. 181-202, mar. 2013.

<sup>1866</sup> Na Inglaterra, também há essa preocupação de compatibilizar o procedimento às necessidades peculiares do caso concreto, conforme se observa na regra 1.4, “g”, das *Civil Procedure Rules*, que inclui, no dever de gestão processual, o controle sobre o progresso do caso. É interessante observar que as reformas processuais da Inglaterra, que permitiram, naquele país, a criação de seu primeiro Código de Processo Civil, em 1998, mitigaram o *adversarial system*, a partir da ampliação dos poderes do juiz. Observe-se que, apesar de o foco dessas reformas conduzidas pelo Lord Woolf ser os “elevados custos do processo”, a “demora na conclusão das causas” e a “ausência de igualdade entre os litigantes habituais e os litigantes eventuais”, concluiu-se ao final

É inegável que essa experiência do direito estrangeiro deve ser aproveitada aqui no Brasil, pois o “gerenciamento de processos” permite que o juiz estabeleça um planejamento procedimental em direção à resolução mais adequada do conflito<sup>1868</sup>, com o menor dispêndio de tempo e de recursos financeiros<sup>1869</sup>. É que a flexibilização procedimental e a gestão processual, por decorrerem do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, estão em sintonia com um modelo constitucional de processo que se preocupa com as exigências concretas do direito material<sup>1870</sup>. Portanto, a fixação de procedimento ordinário único, inflexível e capaz de resolver todos os problemas sociais, como projeto da escola da exegese da época das codificações modernas<sup>1871</sup>, cedeu espaço ao fenômeno da adaptabilidade do procedimento<sup>1872</sup>.

É preciso compreender, todavia, que essa elasticidade procedimental, quando necessária, também deve ocorrer durante o desenvolvimento do processo, inclusive por

---

que o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea deveria ser repensado, não sendo o processo apenas um instrumento de solução de conflitos. É que a cultura “adversarial” foi responsável pela eternização dos feitos e pela elevação dos custos a níveis insuportáveis. Sendo assim, para que o processo pudesse ser uma expressão de acesso à ordem jurídica justa, era necessário realmente valorizar o papel do juiz na condução e na organização do processo, inclusive para facilitar o uso dos métodos alternativos de solução de conflitos. Em outros termos, constatou-se a necessidade de implementação do gerenciamento judicial de processos, especialmente no que concerne aos excessos do sistema, para proporcionar junto às partes o sentimento de que são tratadas de forma mais justa e equânime. No sentido do texto, Cf. ANDREWS, Neil. “Case management and procedural discipline in England & Wales: fundamentals of an essential new technique”. *Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties*. C.H. van Rhee and Fu Yulin editors. New York / London: Springer, 2014, p. 335-347; SCHERPE, Jens M.; MARTEN, Bevan. “Mediation in England and Wales: regulation and practice”. *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Edited by Klaus J. Hopt and Felix Steffek. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 365-454; GERLIS, Stephen M.; LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. 2th ed. London: Cavendish, 2004, p. 1-5. Para uma análise mais ampla acerca da reforma processual inglesa, Cf. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formais judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 53-89; JOLOWICZ, John Anthony. *On civil procedure*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 386-397. Na doutrina brasileira, ilustrativamente, Cf. GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. “Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015. É interessante observar que a reforma processual inglesa está influenciando a legislação de outros países europeus, a exemplo da Noruega, que se afastou do modelo austríaco. Nesse sentido, Cf. VALGUARNERA, Filippo. “Le riforme del processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 888, sett. 2008.

<sup>1867</sup> ONO, Tayara Tiemi. “A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 254, p. 407-427, abr. 2016.

<sup>1868</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116-120.

<sup>1869</sup> SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-36 e 137-141.

<sup>1870</sup> ZUFELATO, Camilo. “Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro”. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 248 e 252.

<sup>1871</sup> TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 41.

<sup>1872</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 194-195.

iniciativa do juiz, e não antes, de forma meramente abstrata, por ato do legislador<sup>1873</sup>. Trata-se de um avanço em relação à decisão saneadora, pois, não sendo a elasticidade procedimental restrita à determinada fase processual ou à busca de correção de erros procedimentais, a possibilidade de sua ocorrência estende-se por todo o processo, sendo, inclusive, compatível com a execução de decisões estruturais, que, conforme se estudará na última parte deste estudo, lidam, por exemplo, com políticas públicas.

A finalidade do procedimento<sup>1874</sup>, nessa perspectiva, deve ser adequadamente compreendida a partir das ideias de “forma”, “formalismo” e “técnica”. A forma, no processo civil, está relacionada à organização e à previsibilidade do procedimento, para combater eventual arbítrio do juiz<sup>1875</sup>. Serve, pois, como uma “garantia das partes”, mas essa função, em contrapartida, não deve ser um empecilho ao alcance dos resultados que o sistema jurídico necessita produzir na vida dos jurisdicionados<sup>1876</sup>. Nesse sentido, se a forma for utilizada em excesso, pode-se chegar a pernicioso formalismo, impedindo o alcance dos objetivos do processo<sup>1877</sup>.

Sendo assim, como “técnica” e “fins” são elementos indissociáveis, deve-se ter o equilíbrio necessário para que o processo, em sua instrumentalidade técnica<sup>1878</sup>, seja valorado conforme sua idoneidade, para o alcance de suas finalidades<sup>1879</sup>. Conclui-se, dessa forma, especialmente a partir da quebra de paradigmas decorrente dos arts. 190-191 do CPC/2015, que o juiz não deve ser visto apenas como simples condutor de um procedimento rigidamente estabelecido pela legislação, mas sim, em cooperação com as partes, como um verdadeiro “gerenciador do processo”<sup>1880</sup>, adaptando-o ao conflito<sup>1881</sup>.

<sup>1873</sup> RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 269 e 308.

<sup>1874</sup> Deve-se ter como premissa, a partir da conhecida concepção de Niklas Luhmann, que o procedimento — como sistema empírico de ação social, controlado por regras jurídicas, mas também por componentes de fora do Direito — tem a relevante função de dissipar as divergências que existem entre as partes durante o seu desenvolvimento, ou seja, tem a função de amortizar as frustrações e estagnar as expectativas por intermédio de seus atos concatenados. As partes, no início do processo, normalmente estão em um estado de beligerância maior, mas o procedimento, se adequado e compatível com essa função, vai reduzindo-o até a decisão final, na perspectiva de que essa, se não aceitável, torne ao menos as decepções, que são inevitáveis, difusas e controladas. Cf. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980, p. 51-113.

<sup>1875</sup> AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14.

<sup>1876</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 39.

<sup>1877</sup> AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 14.

<sup>1878</sup> PASSOS, José Joaquin Calmon de. “Democracia, participação e processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 83 e 87.

<sup>1879</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 148.

<sup>1880</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal*. Florianópolis: Conceito: 2015, p. 289-292.

É que, apesar de a previsibilidade procedimental ser uma conquista democrática<sup>1882</sup>, verifica-se também, no atual contexto de complexidade das relações jurídicas, que a rigidez abstrata é incompatível com a exigência do direito à adequada tutela jurisdicional<sup>1883</sup>. O formalismo processual contemporâneo, em outros termos, tem natureza dinâmica, no sentido de compatibilizar as garantias constitucionais das partes com a estrutura de um procedimento que seja apropriado à realidade do direito material<sup>1884</sup>.

Observe-se que a rigidez procedimental mantém-se atrelada a dogmas oriundos da formação do Estado Moderno<sup>1885</sup> e de um ultrapassado modelo judicial burocrático<sup>1886</sup> e conservador<sup>1887</sup>, destinado apenas a assegurar uma suposta ordem isonômica<sup>1888</sup> estabelecida entre as partes, mas que não permite a adaptação do processo às peculiaridades do direito material. Essa concepção deve ser reavaliada na prática judiciária, para que o mito da racionalização do procedimento ordinário não seja invocado como causa de uma

<sup>1881</sup> Conforme preleciona José Roberto dos Santos Bedaque, a técnica processual destina-se a assegurar o justo processo. O processo, desse modo, não é apenas forma, razão pela qual sua organização e estrutura encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam, e, nessa perspectiva, o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático, e o juiz, no burocrata incumbido de conduzi-lo. Por isso, as regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário à garantia do contraditório, mas, na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente. Ademais, revela-se imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26, 45, 51 e 107.

<sup>1882</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015, p. 25.

<sup>1883</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 38.

<sup>1884</sup> Como esclarece Humberto Theodoro Jr., o “apego a formas e procedimentos rígidos e insubstituíveis corresponde ao que se denomina formalismo estático, consagrador da forma pela forma, estágio completamente superado pela evolução do direito processual que hoje se propõe a desempenhar a missão de cumprir e fazer cumprir o direito fundamental de acesso à justiça, ao seu sentido mais pleno e efetivo”. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Estrutura e função no campo do direito processual – visão estática e dinâmica do fenômeno jurídico”. *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Coordenadores Humberto Theodoro Júnior e Maira Terra Lauer. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 23.

<sup>1885</sup> O Estado Moderno formou-se com base no modelo de Direito estabelecido pela Escola da Exegese, que tinha como princípios a onipotência jurídica do legislador e uma concepção formal da separação de poderes, que tem o condão de nulificar qualquer iniciativa judicial de natureza criativa. Nesse sentido, Cf. TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 90-93 e 183-186.

<sup>1886</sup> Sobre os pressupostos históricos e políticos do modelo judicial burocrático e os fatores de sua crise, diante das novas funções do juiz, Cf. TARUFFO, Michele. “Il modello burocratico di amministrazione della giustizia”. *I metodi della giustizia civile*. A cura di Mario Bessone, Elisabetta Silvestri e Michelle Taruffo. Padova, Cedam, 2000, p. 359-376.

<sup>1887</sup> Para uma visão geral acerca dos pressupostos históricos de formação do processo moderno, Cf. PICARDI, Nicola. “Do juízo ao processo”. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 33-68.

<sup>1888</sup> GIULIANI, Alessandro. “Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo”. *Sociologia del diritto*, v. 13, n. 2/3, p. 81-90, 1986.

burocratização desconectada dos objetivos essenciais do processo<sup>1889</sup>. A teoria processual contemporânea, dessa forma, deve receber influência de outros valores democráticos e dos direitos fundamentais<sup>1890</sup>.

Como dito, a prévia instituição do procedimento pela legislação tem um poder ordenador, no intuito de coibir o arbítrio judicial, ao estabelecer previsibilidade e sensação de segurança jurídica, sem prejuízo de promover certa igualdade entre as partes. Esses valores, contudo, podem ser preservados pela flexibilização procedimental aplicada pelo juiz, emprestando maior eficiência ao processo. Em outros termos, o sistema jurídico permite ao juiz que adote um método de trabalho que esteja em consonância com o garantismo processual, respeitando a regra geral da regulamentação pelo legislador democrático, inclusive vedando a prática de atos que importem em ativismo judicial pernicioso, mas que, por outro lado, esteja igualmente preocupado com um processo civil de resultados satisfatórios no plano do direito material. O controle judicial, neste caso de flexibilização procedimental, deve ser feito a partir da fundamentação relativa à finalidade da medida e do respeito ao contraditório útil, que possibilita exercer influência prévia sobre a decisão<sup>1891</sup>.

O ideal, certamente, é que o procedimento de coletivização do processo seja instituído pelo legislador ou por convenção com as partes envolvidas<sup>1892</sup>, a exemplo da flexibilidade e adaptabilidade permitidas no júízo arbitral<sup>1893</sup>, respeitadas as garantias do devido processo legal<sup>1894</sup>. Nesse caso, e é o que se recomenda neste estudo, a conformação do procedimento

<sup>1889</sup> Acerca dos fundamentos históricos do procedimento ordinário, Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131-150.

<sup>1890</sup> Atualmente, conforme adequadamente preleciona Eduardo de Avelar Lamy, “o direito processual deve ser conceituado como o resultado da operação de um núcleo de direitos fundamentais, especialmente a ampla defesa e o devido processo legal, que atuam sobre uma base procedimental formada de meios que necessitam adequar-se aos fins de forma tão rica quanto a diversidade dos direitos materiais a serem tutelados”. Nessa perspectiva, impõe-se perceber, ainda com base na lição de Eduardo de Avelar Lamy, que “a influência dos direitos fundamentais, as necessidades da sociedade de massas e a busca por sensatez científica, têm levado os estudiosos a reconhecer os objetivos da efetividade, do acesso à justiça e da instrumentalidade como atuais norteadores do desenvolvimento do direito processual civil. Acima da autonomia da relação jurídica processual em relação ao direito material, está a própria efetividade da jurisdição, cujo aperfeiçoamento passa necessariamente pela via do processo. Sem que o direito possa se fazer sentir na vida prática dos litigantes, não há que se falar numa verdadeira evolução da teoria processual”. Cf. LAMY, Eduardo de Avelar. “*Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual*”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 69, p. 311-312 e 314, respectivamente, dez. 2014.

<sup>1891</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 84-87.

<sup>1892</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 309. Acerca da flexibilização do procedimento por convenção entre as partes, Cf. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 271-272, 300, 307.

<sup>1893</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 41.

<sup>1894</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52.

pela vontade das partes, mesmo que estimulada pelo juiz<sup>1895</sup>, representaria um equilíbrio entre publicismo e privatismo<sup>1896</sup>, tornando o processo mais compatível com as reais necessidades do direito material<sup>1897</sup>. Incumbe ao juiz, nessa perspectiva, ter a sensibilidade de identificar, diante dos seus variados casos, aquele que, por convenção processual atípica com as partes, tem aptidão para, mediante diálogos interinstitucionais, eventualmente provocar melhorias e universalização na prestação dos serviços de saúde pública, com ganhos em termos de governabilidade<sup>1898</sup>. A alteração procedimental negociada, nesse sentido, além de ser uma manifestação do princípio da eficiência no processo<sup>1899</sup>, revela-se como a saída mais democrática<sup>1900</sup>.

De todo modo, impõe-se registrar que, mesmo o legislador processual ainda não tendo estabelecido uma adaptação procedimental típica acerca do incidente de coletivização, defende-se, neste estudo, que o ordenamento jurídico não veda ao juiz estabelecê-la, notadamente porque, como se viu, não causará qualquer prejuízo às partes do processo individual originário. Trata-se de uma adaptação procedimental atípica pelo juiz, que não é vedada pela ordem jurídica brasileira, pois não causa prejuízo aos envolvidos e reclama o preenchimento de determinados pressupostos, a exemplo da imparcialidade judicial, a competência do juízo, o contraditório prévio e a fundamentação adequada<sup>1901</sup>.

Seria o caso de se adotar, por analogia, a intervenção de terceiros *iussu iudicis*<sup>1902</sup>, ou seja, por ordem do juiz, instituto previsto em outros ordenamentos jurídicos democráticos, a exemplo da Itália<sup>1903</sup>, França<sup>1904</sup> e Espanha<sup>1905</sup>. É que uma das hipóteses adequadas de

<sup>1895</sup> No sentido de que os tribunais devem incentivar as partes a encontrarem o procedimento adequado às peculiaridades do conflito, Cf. STURM, Susan. "Equality and the Forms of Justice". *University of Miami Law Review*, v. 58, n. 1, p. 72-73, 2003.

<sup>1896</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 216.

<sup>1897</sup> A adaptação do procedimento é um ato de gestão processual praticado de ofício pelo juiz e pode ser ampliada por ato de consenso das partes, mediante a celebração de negócio processual atípico. Nesse sentido, Cf. MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 72.

<sup>1898</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; RODRIGUES, Ricardo Schneider. "Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial". *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 273, nov. 2017, p. 69-93.

<sup>1899</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. "A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro". *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 233, p. 80, jul. 2014.

<sup>1900</sup> MÜLLER, Julio Guilherme. "Acordo processual e gestão compartilhada do procedimento". *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Alexandre Freite et. al. organizadores. Vol. 3. Salvador: JusPODVIM, 2014, p. 157.

<sup>1901</sup> REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 214.

<sup>1902</sup> Sobre a dinâmica procedimental da intervenção *iussu iudicis*, Cf. CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 237-250.

<sup>1903</sup> Na Itália, a intervenção *iussu iudicis* está prevista no art. 107 do *Codice di Procedura Civile*, que preconiza que o juiz, quando considera oportuno que o processo se desenvolva com a presença de um terceiro a quem a causa é comum, deve ordenar-lhe a intervenção.

<sup>1904</sup> Na França, disciplina o art. 332 do *Code de Procedure Civile* que o juiz pode convidar as partes a chamar ao processo todos os interessados, quando sua presença parecer necessária à solução do litígio. Em matéria não

admissibilidade desse instituto são os “casos em que terceiros podem ser afetados pela eficácia da sentença”<sup>1906</sup>, sendo exatamente a situação das demandas envolvendo prestações de saúde pública fora do planejamento governamental. Observe-se que os entes públicos e outros eventuais terceiros que forem convocados para atuar no processo poderão escolher o polo em que pretendem atuar, ou mesmo permanecerem inertes, mas esse fato não impede que o litígio seja resolvido de maneira mais ampla<sup>1907</sup>.

É certo que a flexibilidade procedimental, como exceção, deve ser devidamente justificada pelo juiz, e um dos critérios, ao lado da “inexistência de previsão legal adequada” e da “inutilidade da regra formal avaliada em seu aspecto finalístico”, é a peculiar “situação das partes litigantes”, destacando-se, no caso específico em estudo, a posição da Fazenda Pública diante de suas competências constitucionais relacionadas aos complexos pleitos de saúde, tema que afeta interesses metaindividuais e justifica a mudança de rito<sup>1908</sup>. Embora a configuração subjetiva do processo não pertença exclusivamente às partes, não custa insistir, é recomendável que essa adaptação procedimental ocorra em audiência, mediante diálogo cooperativo entre as partes e o juiz, tornando o processo mais democrático e participativo<sup>1909</sup>.

O juiz, assim, cumprindo sua função político-social, precisa sair da sua zona de conforto, para se preocupar com o litígio e suas consequências, ou seja, deve se preocupar com a solução qualitativa do problema, e, na realidade, sentenciar seria o caminho formal mais fácil, mas, certamente, não seria a melhor solução para causas complexas<sup>1910</sup>, a exemplo desses litígios estruturais e policêntricos que versam sobre prestações de saúde pública. A finalidade da coletivização dessas demandas, como já se disse, é convergente com o interesse público primário<sup>1911</sup>, pois, sem prejuízo de socorrer o jurisdicionado nas situações concretas

contenciosa, ele pode ordenar o chamamento de terceiros cujos direitos ou encargos possam ser afetados pela decisão.

<sup>1905</sup> Na Espanha, conforme prescreve o art. 150.2 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, por ordem do tribunal, também se notificará a pendência do processo às pessoas que, segundo os autos, possam ser afetadas pela decisão que encerre o procedimento. Essa comunicação também será feita, com os mesmos requisitos, quando o tribunal tiver indícios de que as partes estão utilizando o processo com fins fraudulentos.

<sup>1906</sup> CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017, p. 138.

<sup>1907</sup> *Idem*, p. 229.

<sup>1908</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105 e 186.

<sup>1909</sup> ZUFELATO, Camilo. “Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro”. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 256-257.

<sup>1910</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. “O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as dificuldades epidêmicas do decidir”. *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 136.

<sup>1911</sup> No sentido de que o conceito de supremacia do interesse público não deve ser estabelecido aprioristicamente, mas sim no caso concreto, a partir da máxima da proporcionalidade, Cf. BINENBOJM, Gustavo. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito

de extrema urgência, tem por objetivo ampliar os espaços de diálogo democrático, para alcançar soluções consensuais, assegurando o planejamento administrativo e a governabilidade<sup>1912</sup>. A coletivização do processo, nessa perspectiva, encontra-se afinada com a cláusula do devido processo legal.

O procedimento que se propõe é muito simples, mas exigirá sensibilidade do juiz, que deve prestigiar, de início, o processo cujo pedido seja mais abrangente, ou seja, o processo que afete, direta ou indiretamente, maior segmento da sociedade. Nessa perspectiva, o juiz deverá obter informação acerca dos processos que tratam de bens e serviços similares que podem ser universalizados. Ademais, como o autor individual não pode ser prejudicado<sup>1913</sup>, deve-se preferir o processo em que as partes pactuaram quanto à possibilidade de coletivização, evitando a discutível coletivização de ofício. Em seguida, mediante diálogo com as partes originárias, a Defensoria Pública e o Ministério Público, deve o juiz incluir os demais entes federativos no processo, inclusive com a finalidade de viabilizar a distribuição proporcional dos custos que a solução do caso eventualmente impõe. Finalmente, sem maiores burocracias, o juiz, avaliando a conveniência da determinação do ingresso de *amicus curiae*, deve atribuir publicidade à causa no que se refere às informações relevantes para os debates públicos, que, preferencialmente, devem ocorrer mediante audiências públicas.

Para esses diálogos interinstitucionais, o juiz provocará, naturalmente, todos os legitimados para o ajuizamento da ação civil pública e interessados no objeto do litígio e sua expansão. Além da população (periódicos, mídia eletrônica e televisiva etc.) e dos poderes públicos interessados, todas as Varas da Fazenda Pública local devem ser informadas acerca da coletivização, inclusive para fins de aplicação (ou não) do art. 55, § 3º, do CPC/2015, devendo haver, naturalmente, controle acerca do ingresso daqueles que efetivamente representam interesses opostos no litígio e apresentam capacidade de contribuir com o debate por meio de um olhar diferenciado para as questões do caso.

É certo que, desse procedimento, outras questões tormentosas devem ser enfrentadas. Por exemplo, os litigantes individuais podem ter os seus processos suspensos de ofício? Nesse caso, apenas assegurando a tutela de urgência? Esses outros litigantes devem ser convocados para as audiências públicas? O juiz também deve convidar os juízes de outras Varas de

---

Administrativo”. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Daniel Sarmiento organizador. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 167-169.

<sup>1912</sup> Para uma adequada compreensão do conceito de interesse público e sua perspectiva processual, Cf. TALAMINI, Eduardo. “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.

<sup>1913</sup> TALAMINI, Eduardo. “Notas sobre o incidente de conversão em ação coletiva”. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXV, n. 126, p. 62, mai. 2015.

Fazenda Pública para os debates? E a coisa julgada sobre os processos individuais<sup>1914</sup>? A solução coletiva deve ser exportada para os outros processos individuais suspensos<sup>1915</sup>? Essas outras questões, certamente, decorrem da coletivização, e as respostas são positivas, pelo menos em princípio, mas, ao final, o que realmente importa é resolver democraticamente a questão fática que gera e fomenta a judicialização de demandas individuais por prestações de saúde pública, concretizando o ideal de instrumentalidade do processo.

Romper com o dogma do individualismo liberal, que insiste em permanecer na contemporaneidade, para tornar o processo judicial um palco para discussões públicas<sup>1916</sup>, com vistas a transformar a realidade social, universalizando prestações de saúde pública, sem que o juiz seja o protagonista nesse cenário, é a ideia principal, e, nessa perspectiva, não se devem criar complicações procedimentais.

## 7.2 “DEMOCRATIZAÇÃO EXTERNA” DO PROCESSO PELA CONVOCAÇÃO DE *AMICIS CURIAE* E PELA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS: DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS À SUBSIDIARIEDADE DA DECISÃO

Não obstante se tenha definido, no tópico anterior, que as questões de saúde pública são resolvidas de forma mais adequada por meio da tutela jurisdicional coletiva, ainda se impõe avançar, democraticamente, na condução do procedimento. Nessa perspectiva, defende-se que as soluções desses casos reclamam contraditório qualificado e pluralista, o que pode ocorrer pela participação processual de “*amicus curiae*” e pela realização de “audiências públicas”. Defende-se que essa participação qualificada, inclusive com oitiva de representantes dos interesses policêntricos envolvidos, contribuirá significativamente para a solução adequada do caso, solução essa que, em tese, tutela, a um só tempo, o direito à saúde do jurisdicionado, assegura a governabilidade democrática e propicia a universalização possível da prestação em debate. Assim, a finalidade deste tópico é estudar um pouco mais estes institutos — *amicus curiae* e audiências públicas —, que, conforme será visto também na parte final deste capítulo 7, são essenciais às lides estruturais e aos casos complexos de litigância de interesse público.

<sup>1914</sup> Defendendo a incidência da coisa julgada *pro et contra*, Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 314.

<sup>1915</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 338-339.

<sup>1916</sup> Sobre a possibilidade de participação de membros da comunidade social no processo, Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 381.

### 7.2.1 Da ampliação democrática do contraditório pelo incentivo à participação de *amicus curiae*

Apesar da atual preocupação com o processo de formação de juízes, é certo que, como regra, eles não têm o conhecimento especializado necessário à efetivação de políticas públicas, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para a avaliação das mesmas, mas esse problema pode ser atenuado, pois é perfeitamente possível a utilização de peritos e consultas a instituições independentes e imparciais com reconhecida idoneidade técnica na área em debate, a fim de suprir o déficit de conhecimento<sup>1917</sup>. Em outras palavras, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, decorrente do caráter publicista do processo, facilita a obtenção do conhecimento necessário à apreciação da medida, além do fato de que as ações coletivas podem ser precedidas de inquérito civil.

É preciso perceber, todavia, que o juiz pode ampliar o seu acesso a informações relevantes e adequadas da causa, na hipótese de ele democratizar externamente o processo, convocando terceiros institucionalmente interessados<sup>1918</sup>. Assim, como forma de democratizar o debate constitucional<sup>1919</sup>, que reclama abertura e pluralismo<sup>1920</sup>, além de realizar audiências públicas com a sociedade organizada, deve o juiz admitir a atuação de *amicus curiae*<sup>1921</sup>, conforme autorizam o art. 138 do CPC/2015<sup>1922</sup> e outros textos normativos que tratam de

<sup>1917</sup> SARMENTO, Daniel. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 422.

<sup>1918</sup> É inerente à estrutura política democrática do Estado a proliferação de expectativas e direitos, com o surgimento de novos atores sociais. Cf. DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; CARVALHO, Délton Winter. “O estado democrático de direito ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios”. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 473, mai./ago. 2013.

<sup>1919</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 177.

<sup>1920</sup> Segundo conhecida tese de Peter Häberle, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 13.

<sup>1921</sup> Sobre as origens do *amicus curiae* e seu tratamento no direito estrangeiro, por todos, Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111-142.

<sup>1922</sup> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º. A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º. Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º. O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

procedimentos voltados a soluções de interesse público<sup>1923</sup>.

A prerrogativa desses procedimentos é a capacidade de trazerem aos autos informações novas e absolutamente relevantes, para possibilitar uma macrovisão do litígio. Ora, como o juiz, presumivelmente, não tem conhecimentos especializados acerca do complexo funcionamento do SUS, inclusive no que concerne aos aspectos orçamentários, é recomendável, procedimentalmente, convocar terceiro que, por exemplo, pode elucidar essas questões. Dessa forma, trata-se de padrão procedimental, de modo que o juiz da causa, antes de decidir a questão envolvendo políticas de saúde pública, tema ordinariamente complexo e relativo a interesses difusamente irradiados, deve verificar a possibilidade de convocação de pessoas habilitadas a participarem do processo na condição de *amicus curiae*.

Não há questionamento quanto à premissa de que, na vida pública brasileira, inclusive e especialmente na prática judiciária, os ideais de democracia participativa são deficitários, “aquém das promessas e das demandas sociais, aquém do descontentamento com a representação política”, uma vez que “a chave da participação continua nas mãos dos representantes”<sup>1924</sup>, o que demonstra que a questão é cultural, e, nesse sentido, precisa-se avançar. E um simbólico exemplo desse desejável avanço, compatível com as teses dos defensores do “constitucionalismo popular”, deve ocorrer pelo estímulo, quando necessário, à participação do *amicus curiae* nos processos judiciais<sup>1925</sup>, a qual, repita-se, apresenta-se como um dos modelos de democratização externa da jurisdição, uma vez que terceiros são ordinariamente chamados ao diálogo.

A ideia em si é relativamente simples: se determinada decisão irá atingir uma parcela significativa da coletividade, nada melhor que sejam admitidas em contraditório as pessoas, físicas ou jurídicas, que carreguem adequada representatividade para contribuir e trazer elementos informativos para a prolação de uma melhor decisão, de modo que, por garantir a plenitude da tutela jurisdicional e qualificar o contraditório (art. 5º, XXXV e LV, da CF), obter-se-á uma decisão que gozará de maior legitimidade democrática<sup>1926</sup>.

<sup>1923</sup> Ilustrativamente, observa-se que há autorização para a participação de *amici curiae* na análise da repercussão geral em sede de recurso extraordinário (art. 1.035, § 4º, do CPC).

<sup>1924</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 246.

<sup>1925</sup> Acerca do vínculo entre a democracia participativa e o instituto do *amicus curiae*, Cf. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 128-130.

<sup>1926</sup> TALAMINI, Eduardo. “*Amicus curiae*. Comentários ao art. 138 do CPC”. *Breves comentários ao novo CPC*. Organizadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Ribeiro Dantas. São Paulo: RT, 2015, p. 438-445. No mesmo sentido, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro imparcial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O

Em outros termos, a intervenção do *amicus curiae* traduz-se em um parâmetro procedimental relevante, pois, como técnica deliberativa, significa a participação cooperativa da sociedade, por intermédio do fornecimento de novos e substanciais subsídios ao debate judicial, com boa-fé no sentido de contribuir para o incremento de maior qualificação decisória<sup>1927</sup>. Amplia-se, desse modo, a possibilidade de obtenção de decisões mais justas, posto que decorrentes, em tese, de maior aderência à realidade social.

Observe-se que, processualmente, o *amicus curiae* não assume a condição de parte, pois não formula pedido nem pretensão e, mesmo como terceiro, não precisa demonstrar interesse jurídico na causa<sup>1928</sup>. Ademais, ainda que sua atuação seja despida de neutralidade, por ser portador de interesses institucionais, a sua intervenção deve ser imparcial, sem assumir poderes processuais sequer para auxiliar qualquer das partes, o que o diferencia, mais uma vez, da assistência<sup>1929</sup>. Não se confunde, também, com o perito, que tem um presumível vínculo de imparcialidade com o órgão judiciário<sup>1930</sup> e uma atuação limitada à emissão de parecer. Assim, ainda que os poderes do *amicus curiae* sejam definidos em cada caso concreto pelo juiz (art. 138, § 2º, do CPC/2015), na essência, serão limitados à prestação de subsídios para a decisão<sup>1931</sup>.

O ingresso do *amicus curiae* no processo pode derivar de pedido de alguma das partes ou do próprio terceiro, mas também pode ser requisitado de ofício pelo juiz. Essa é, portanto, uma modalidade de intervenção que tanto pode ser espontânea (voluntária) quanto provocada (coata)<sup>1932</sup>. Apesar de diversas regras disciplinarem o instituto<sup>1933</sup>, cabível em determinados

*amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 117, p. 12, set./out. 2004.

<sup>1927</sup> WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC*. São Paulo: RT, 2016, p. 164, 177, 179 e 181.

<sup>1928</sup> CABRAL, Antônio do Passo. “Do *amicus curiae*. Comentários ao art. 138 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 211 e 212.

<sup>1929</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. “Da intervenção de terceiros. Comentários aos arts. 119-138 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Cassio Scarpinella Bueno coordenador. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 600 e 606-607.

<sup>1930</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral (institutos fundamentais)*. Vol. 2, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 664.

<sup>1931</sup> ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 283; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral (institutos fundamentais)*. Vol. 2, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 662.

<sup>1932</sup> “O assistente simples pode requerer a intervenção de *amicus curiae*” (Enunciado nº 388 do FPPC).

<sup>1933</sup> Ilustrativamente, Cf. art. 32 da Lei nº 4.726/1965 (Junta Comercial); art. 31 da Lei nº 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); art. 49 da Lei nº 8.906/1994 (intervenção da OAB para questionar em juízo e fora dele a adequada aplicação do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e da Advocacia); arts. 57, 118 e 175 da Lei nº 9.279/1996 (intervenção do INPI nos processos em que se questione nulidade de patente, de registro de desenho industrial ou de marca, respectivamente); art. 5º da Lei nº 9.469/1997 (intervenção de pessoas jurídicas de direito público federais independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, juntar documentos e memoriais e, ainda, recorrer); art. 7º, § 2º, da Lei nº

procedimentos e litígios especializados<sup>1934</sup>, observa-se que não há identidade absoluta entre os regimes jurídicos extraíveis das mesmas, fato que indica que o art. 138, coordenado com outros dispositivos<sup>1935</sup> também do CPC/2015, aplica-se a todas elas subsidiariamente. É certo, todavia, que há um núcleo comum: permitir a colaboração processual de um terceiro, que nem por isso passa a titularizar posições jurídico-processuais de parte.

É interessante perceber que, diante da elevada potencialidade democrática do *amicus curiae*, a sua atuação deve ser admitida em todas as formas processuais e tipos de procedimento, inclusive, por não ter muitos poderes processuais — e, conseqüentemente, sua restrita interferência procedimental —, em procedimentos especiais regulados por leis esparsas em que se veda genericamente a intervenção de terceiros, a exemplo dos juizados especiais e do mandado de segurança. Tal proibição deve ser interpretada como aplicável apenas às formas de intervenção em que o terceiro torna-se parte ou assume subsidiariamente os poderes da parte.

Em tese, admite-se a intervenção em qualquer fase processual ou grau de jurisdição, pois a ordem jurídica não fixa limite temporal para a participação do *amicus curiae*. Sendo assim, apenas reflexamente a fase processual é relevante, de modo que somente será descartada a intervenção, se, em determinado momento processual, a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não tiver mais nem uma relevância. Ademais disso, como a sua admissão no processo é pautada na sua aptidão em contribuir para o debate judicial, parecem discutíveis as teses que limitam a linha de raciocínio que o *amicus curiae* deve adotar em sua pretensa intervenção<sup>1936</sup>.

Doutrinariamente, apontam-se pressupostos objetivos e subjetivos para admissão do *amicus curiae*, todos potencialmente aplicáveis aos casos que, direta ou indiretamente,

9.868/1999 (ADI); art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 (ADPF); art. 14, § 7º, da Lei nº 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais); art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006 (Súmula Vinculante); art. 118 da Lei nº 12.529/2011 (atuação do CADE em todos os processos relativos à prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica); art. 896-C, § 8º, da CLT, acrescido pela Lei nº 13.015/2014 (recursos de revista repetitivos).

<sup>1934</sup> “A intervenção do *amicus curiae* é cabível no mandado de segurança” (Enunciado nº 249 do FPPC). Observa-se também, por oportuno, que se admite “a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática” (Enunciado nº 250 do FPPC).

<sup>1935</sup> São eles: art. 927, § 2º (alteração de entendimento sumulado ou adotado em julgamento por amostragem); arts. 950, §§ 2º e 3º (incidente de arguição de inconstitucionalidade); art. 983 (incidente de resolução de demandas repetitivas); art. 1.035, § 4º (repercussão geral); art. 1.038, I (recursos especiais e extraordinários repetitivos).

<sup>1936</sup> Ilustrativamente, observa-se que, no caso da repercussão geral (art. 1.035, § 4º), Pedro Miranda de Oliveira defende que a intervenção do *amicus curiae* somente é justificável, se for para ajudar a demonstrar a sua existência, “pois seria totalmente incongruente uma entidade qualquer manifestar-se na causa para sustentar que determinada questão não é dotada de repercussão geral”. Cf. OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal*. Florianópolis: Conceito, 2015, p. 284.

envolvem políticas públicas de saúde. Quanto aos objetivos, a sua intenção será cabível, quando houver “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia” (art. 138, *caput*, do CPC/2015)<sup>1937</sup>. São duas as balizas: a) por um lado, a especialidade da matéria, o seu grau de complexidade; b) por outro, a importância da causa, que deve ir além do interesse das partes, ou seja, sua transcendência, repercussão transindividual ou institucional. Como se observa, são pressupostos alternativos (“ou”), não necessariamente cumulativos, ou seja, tanto a sofisticação da causa quanto sua importância ultra partes pode autorizar, por si só, a intervenção<sup>1938</sup>. De todo modo, os dois aspectos, em casos em que não se põem isoladamente de modo tão intenso, podem ser somados, considerados conjuntamente, a fim de viabilizar a admissão do *amicus curiae*.

Observe-se que a complexidade da matéria justificadora da participação do *amicus curiae* tanto pode ser fática quanto técnica, jurídica ou extrajurídica. A importância transcendental da causa pode apresentar-se tanto sob o aspecto qualitativo (“relevância da matéria”) quanto quantitativo (“repercussão social da controvérsia”). Por vezes, a solução da causa tem repercussão que vai muito além do interesse das partes, porque será direta ou indiretamente aplicada a muitas outras pessoas (ações de controle direto, processos coletivos, incidentes de julgamento de questões repetitivas ou mesmo a simples formação de um precedente relevante etc.). Mas, em outras ocasiões, a dimensão ultra partes justificadora da intervenção do *amicus curiae* estará presente em questões que, embora sem a tendência de reproduzir-se em uma significativa quantidade de litígios, versam sobre temas fundamentais para a ordem jurídica<sup>1939</sup>.

Há, igualmente, como se disse, pressupostos subjetivos. Podem ser *amici curiae* tanto pessoas naturais quanto jurídicas. No primeiro caso, observa-se que, mesmo sem assistência de advogado, professores universitários, pesquisadores, técnicos, militantes de movimentos sociais, líderes sindicais, dentre outros, podem ingressar no processo e contribuir para a qualificação do contraditório<sup>1940</sup>. No caso das pessoas jurídicas, é certo que também pode

---

<sup>1937</sup> Observe-se que as regras especiais dessa intervenção, enumeradas nas notas de rodapé acima, não exaurem as hipóteses objetivas de cabimento, mas servem para ilustrá-las.

<sup>1938</sup> Dispõe o Enunciado n° 395 do FPPC: “Os requisitos objetivos exigidos para a intervenção do *amicus curiae* são alternativos”.

<sup>1939</sup> Imagine-se uma ação que versa sobre a possibilidade de autorizar-se uma transfusão sanguínea para uma criança mesmo contra a vontade dos pais dela. O caso, em si, concerne a pessoas específicas e determinadas, mas envolve valores jurídicos fundamentais à ordem constitucional (direito à vida, liberdade religiosa, limites do direito à intimidade etc.). Em uma causa como essa, é justificável a intervenção de *amici curiae*, que poderão contribuir sob vários aspectos (médicos, filosóficos, religiosos etc.).

<sup>1940</sup> Defendendo que a participação desses sujeitos no processo prescinde da contratação de advogado, por ser uma exceção à regra da capacidade postulatória, Cf. CABRAL, Antônio do Passo. “Do *amicus curiae*.”

tornar o debate plural a participação de entes públicos, sem que com isso, todavia, ocorra deslocamento de competência<sup>1941</sup>. De igual modo, órgãos internos pertencentes a outros entes públicos. Também podem ingressar como *amicus curiae* entes privados e entidades com ou sem fins lucrativos.

O elemento essencial para admitir-se o terceiro como *amicus*, repita-se, é sua potencialidade de aportar elementos úteis para a solução do processo ou incidente, potencialidade essa que pode ser demonstrada pela verificação do seu histórico, atributos e de seus eventuais representantes (procuradores, agentes, prepostos etc.). Nesse sentido, em princípio, revela-se correto o entendimento de que o fundamento da intervenção do *amicus curiae* é de natureza “institucional”<sup>1942</sup>, exigindo-se a presença de pertinência temática entre os fins da entidade que pretende colaborar com a justiça e as normas jurídicas questionadas. Do contrário, não se estabelece qualquer parâmetro objetivo de controle, possibilitando a ocorrência de tumulto processual. Impõe-se perceber, todavia, que nem sempre se deve exigir interesse próprio na causa do *amicus curiae*, pois sua intervenção, no desenho normativo atual, é meramente “colaborativa”, principalmente em causas complexas, no sentido de municiar o juiz de informações, dados e argumentos relativos ao objeto do debate e importantes para a boa condução do processo<sup>1943</sup>.

Observe-se que o CPC estabelece a exigência de “representatividade adequada”, mas se deve perceber que, aqui, não se trata propriamente de uma aptidão do terceiro em representar ou defender os interesses de jurisdicionados. Não há risco de prejuízo direto a estes, pois, na hipótese, não há representação nem substituição processual<sup>1944</sup>. A expressão refere-se à capacitação avaliada a partir da qualidade (técnica, cultural etc.) do terceiro (e de todos aqueles que atuam com ele e por ele) e do conteúdo de sua possível colaboração (petições, pareceres, estudos, levantamentos etc.). A “representatividade” não tem aqui o sentido de legitimação, mas de qualificação, ou seja, da “capacidade objetiva”<sup>1945</sup> ou da

Comentários ao art. 138 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 215.

<sup>1941</sup> Importa destacar, dessa forma, que a intervenção do *amicus curiae* não importa alteração de competência (art. 138, § 1º, do CPC/2015). Assim, quando uma pessoa de direito público, órgão ou empresa pública federal ingressa como *amicus* em processo em trâmite na Justiça Estadual, a competência não se deslocará para a Justiça Federal. Dado o papel processual restrito do *amicus*, não se aplicam, à hipótese, o art. 109, I, da CF e o art. 45 do CPC/2015.

<sup>1942</sup> OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal*. Florianópolis: Conceito, 2015, p. 283-284.

<sup>1943</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: 2016, p. 410 e 413.

<sup>1944</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro imparcial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 117, p. 21, set./out. 2004.

<sup>1945</sup> ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 118.

adequada aptidão em colaborar com informações qualificadas e relevantes acerca do debate, conferindo maior pluralismo ao contraditório<sup>1946</sup>.

Observe-se, por outro lado, que a existência de interesse jurídico ou extrajurídico do terceiro na solução da causa não é um elemento relevante para a definição do cabimento de sua intervenção como *amicus curiae*<sup>1947</sup>. O simples fato de o terceiro ter interesse na solução da causa não é fundamento para permitir sua intervenção como *amicus curiae*. Mas, por outro lado, o seu eventual interesse no resultado do julgamento também não é, em si, óbice a que intervenha em tal condição. O essencial é a presença de vocação de determinada pessoa ou ente à tutela de determinado interesse relevante debatido no processo<sup>1948</sup>.

O que importa, não custa insistir, é a capacidade de o *amicus curiae* contribuir com a jurisdição estatal<sup>1949</sup>, o que resta demonstrado na ausência de neutralidade, ou seja, é na existência de um interesse na questão discutida no processo que faz desse terceiro alguém especialmente qualificado para fornecer subsídios úteis. Não é incomum, por exemplo, que determinada entidade de classe, precisamente porque seus membros têm interesse na definição da interpretação ou validade de certa norma, promova diversos simpósios, estudos, levantamentos ou obtenha pareceres de especialistas sobre o tema. Todo esse acervo — nitidamente formado a partir de interesses específicos da entidade e seus integrantes — tende a ser muito útil à solução do processo. Caberá ao julgador aproveitá-lo, filtrando eventuais desvios ou imperfeições.

Procedimentalmente, observe-se que a decisão que determina de ofício ou defere ou indefere o pedido de intervenção do *amicus curiae* é irrecorrível (art. 138, *caput*, do CPC/2015). Trata-se de exceção à regra do art. 1.015, IX, do CPC/2015, segundo a qual cabe agravo de instrumento contra decisão sobre intervenção de terceiro. Mas a proibição recursal não deve ser aplicada aos embargos de declaração, que se destinam meramente a esclarecer ou complementar a decisão.

---

<sup>1946</sup> CABRAL, Antônio do Passo. “Do *amicus curiae*. Comentários ao art. 138 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 213.

<sup>1947</sup> Conforme preleciona Antonio do Passo Cabral, o *amicus curiae* não precisa demonstrar “interesse jurídico”, pois sua atuação decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e da busca de permitir a participação política por intermédio do processo, ou seja, a exemplo do que ocorre com a legitimação do denominado *ideological plaintiff* na litigância das *class actions* norte-americanas, a importância da sua intervenção é política, e seu interesse é “ideológico”, em relação ao fato de participar manifestando-se nos autos. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro imparcial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 117, p. 19, set./out. 2004.

<sup>1948</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. “Da intervenção de terceiros. Comentários aos arts. 119-138 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Cassio Scarpinella Bueno coordenador. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 608.

<sup>1949</sup> ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 121.

Ao tempo em que deve ter o cuidado para não tornar o procedimento extremamente complexo e gerador de injustificável demora na prestação jurisdicional, o juiz, ao admitir ou solicitar a participação do *amicus curiae*, determinará concretamente os poderes que lhe são conferidos (art. 138, § 2º, do CPC/2015)<sup>1950</sup>. Dentre outros exemplos (juntar documentos, elaborar quesitos de perícia, fazer sustentação oral etc.), pode-se conceder ao *amicus curiae*, como ampliação do contraditório, a oportunidade de “participar de audiências públicas”<sup>1951</sup>, essenciais, como se verá, nos processos estruturais que lidam com políticas públicas de saúde.

É importante perceber, todavia, que há uma estrutura mínima de poderes já estabelecida pela legislação: a) possibilidade de manifestação escrita em quinze dias (art. 138, *caput*, do CPC/2015); b) legitimidade para opor embargos declaratórios (art. 138, § 1º, do CPC/2015); c) possibilidade de sustentação oral e legitimidade recursal nos julgamentos de recursos repetitivos (art. 138, § 3º, do CPC/2015). Há também limites máximos: a) ressalvadas as duas exceções acima mencionadas, o *amicus curiae* não tem poderes para recorrer das decisões no processo (art. 138, § 1º, do CPC/2015); b) ele também não detém outros poderes em grau equivalente aos das partes; c) seus argumentos devem ser enfrentados pela decisão judicial<sup>1952</sup> (arts. 489, § 1º, IV, 984, § 2º, e 1.038, § 3º, do CPC/2015). Dentro desses limites mínimos e máximos, cumpre ao juiz concretamente definir a intensidade da atuação processual do *amicus curiae*.

Apesar de a legislação proibir, expressamente, o *amicus curiae* de interpor recursos no processo — com exceção dos embargos declaratórios e da impugnação de decisões tomadas no julgamento de causas e recursos repetitivos —, não se podem descartar as hipóteses em que são proferidas decisões diretamente gravosas à sua esfera jurídica, a exemplo da condenação por litigância de má-fé ou a determinação em que ele arque com verbas de sucumbência no processo. Nesses casos, por não serem recorríveis, o *amicus* poderá valer-se do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF/; art. 5º, II, da Lei nº 12.016/2009, a contrário sensu), para proteger a sua esfera jurídica. Entender diferente seria potencializar a criação de um ambiente processual autoritário exatamente para aqueles que, pela sua intervenção, pretendem torná-lo mais democrático.

---

<sup>1950</sup> No sentido de que há uma tendência de ampliação dos poderes tradicionais do *amicus curiae*, Cf. SILVESTRI, Elisabetta. “L’*amicus curiae*: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LI, n. 1, p. 687-688, mar. 1997.

<sup>1951</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 109.

<sup>1952</sup> Assim dispõe o Enunciado nº 128 do FPPC: “No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489”. É interessante observar também que “as partes podem opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*” (Enunciado nº 394 do FPPC).

Outra questão processual digna de nota é a que diz respeito ao não atingimento do *amicus curiae* pela coisa julgada<sup>1953</sup>, embora tenha legitimidade para o ajuizamento da ação rescisória nos casos em que é obrigatória a sua intervenção (v. g., CVM), nos termos do art. 967, IV<sup>1954</sup>. A decisão sobre o objeto litigioso do processo, portanto, não o vincula<sup>1955</sup>, precisamente porque exerce faculdades limitadas no processo, não assumindo a condição de parte (art. 506 do CPC/2015). Na realidade, o *amicus curiae* não se sujeita sequer ao efeito da assistência simples (art. 123 do CPC/2015), por não assumir, como já ressaltado, nem mesmo subsidiariamente a gama de direitos atribuída às partes.

Analisada a disciplina jurídica do *amicus curiae*, impõe-se destacar, neste momento, que esse instituto, pelo menos nos processos estruturais que versam sobre prestações de saúde pública, deve ser utilizado com resgate às suas origens, ou seja, como terceiro cuja atuação deve ser pautada no interesse público de subsidiar a jurisdição com informações adequadas para solucionar o caso, sem compromisso com as partes<sup>1956</sup>. O *amicus curiae*, assim, deve efetivamente representar, por intermédio da jurisdição, um canal de alargamento dos espaços de diálogos democráticos. Impõe-se perceber, ademais, que, nas demandas complexas que chegam ao Poder Judiciário, especialmente as que envolvem aspectos de justiça distributiva, os conflitos de interesses transcendem ao das partes predeterminadas no processo<sup>1957</sup>. Logo, na análise do tema, também se deve afastar da bipolaridade tradicional do processo civil<sup>1958</sup>.

Nessa perspectiva, se a participação deve ser democraticamente estimulada, deve-se ter o cuidado, por outro lado, para que a figura do *amicus curiae* não seja utilizada no processo como mero assistente da parte, ou seja, tal como vem ocorrendo nos processos de jurisdição constitucional perante o STF, o instituto não deve ser utilizado apenas por órgãos

<sup>1953</sup> ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 123.

<sup>1954</sup> “O CADE e a CVM, caso não tenham sido intimados, quando obrigatório, para participar do processo (art. 118, Lei nº 12.529/2011; art. 31, Lei nº 6.385/1976), têm legitimidade para propor ação rescisória contra a decisão ali proferida, nos termos do inciso IV do art. 967” (Enunciado nº 339 do FPPC).

<sup>1955</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral (institutos fundamentais)*. Vol. 2. Tomo 1. São Paulo: RT, 2015, p. 708.

<sup>1956</sup> Nesse sentido, Cf. SILVESTRI, Elisabetta. “L’*amicus curiae*: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LI, n. 1, p. 679-698, mar. 1997. Em sentido contrário, na doutrina brasileira, defendendo, de forma genérica, que, não obstante sua atuação seja institucional (OAB, AMB etc.), o *amicus curiae* é um sujeito parcial, que advoga interesse de uma das partes do processo, Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 107-108. No mesmo sentido, afirmando ser “ingênua a atitude de exigir do *amicus curiae* a condição de interveniente neutro ou desinteressado”, Cf. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral (institutos fundamentais)*. Vol. 2, Tomo I. São Paulo: RT, 2015, p. 665.

<sup>1957</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. “Justiça e poder judiciário: ou a virtude confronta a instituição”. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 27-28, 1994.

<sup>1958</sup> SILVESTRI, Elisabetta. “L’*amicus curiae*: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LI, n. 1, p. 684, mar. 1997.

ou entidades que tenham interesse exclusivo de auxiliar uma das partes no processo<sup>1959</sup>, em vez de auxiliar o próprio Poder Judiciário quanto à condução procedimental ou mesmo ao proferimento de uma decisão<sup>1960</sup>.

Assim, nas causas que versem sobre prestações de saúde pública, incumbe ao juiz escolher pessoas ou entidades idôneas que, em seu perfil, tenham efetiva preocupação de velar pela qualidade na prestação universal dos serviços oferecidos pelo governo, e não sujeitos ou entidades que não queiram participar do debate para, no fundo, defender interesses formalmente não mencionados, a exemplo dos que se destinam exclusivamente a prestigiar determinado setor da indústria farmacêutica. A atuação do *amicus curiae*, no caso, deve ser de forma imparcial ou voltada para o alcance do “interesse público”<sup>1961</sup>.

Se for observada, na prática, essa função de auxiliar a jurisdição estatal, no sentido de lhe fornecer mais subsídios cognitivos para a adequada solução da causa, o *amicus curiae* se apresentará como verdadeiro “amigo da Corte”, e, nessa perspectiva, a jurisdição democrática, como juízo imparcial de constitucionalidade sobre políticas públicas de saúde, funcionará como um fórum deliberativo singular, privilegiando de boa-fé os argumentos firmados pelas partes e pela sociedade<sup>1962</sup>. É nessa perspectiva, portanto, que deve se comportar o “juiz-dialógico”, modelo ideal de juiz para a condução democrática das demandas por prestações de saúde pública<sup>1963</sup>.

Impõe-se perceber, assim, que o processo contemporâneo representa mais um espaço

<sup>1959</sup> É preciso que fique claro que a finalidade do *amicus curiae*, na condição de terceiro admitido no processo, é fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes. Não se confunde, desse modo, com a figura do assistente simples. Em contrapartida, como o *amicus curiae* não deduz pretensão em juízo, compreendida como a exigência de subordinação do interesse alheio ao seu próprio, o seu interesse não conflita com o interesse das partes. Nesse sentido, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. “Pelos asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro imparcial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 117, p. 16-17, set./out. 2004.

<sup>1960</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. “O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 84, set. 2015.

<sup>1961</sup> Para uma atuação baseada no interesse público, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. “Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 404, p. 3-42, jul./ago. 2009.

<sup>1962</sup> A participação do *amicus curiae* no processo contribui para que a jurisdição, substancialmente, desincumbasse de suas tarefas deliberativas na fase pré-decisional. É que, na democracia, conforme ensina Conrado Hübner Mendes, uma justiça deliberativa do tipo ideal atrai deveres funcionais contínuos e consecutivos nas fases “pré-decisional”, “decisional” e “pós-decisional”. A deliberação pré-decisional volta-se para congregar todos os atos por meio dos quais se interagem, oralmente ou por escrito, com o órgão julgador, e a comunidade de interlocutores compreende aqueles que, formal ou informalmente, remetem argumentos à jurisdição ou expressam posições públicas em relação ao caso. É inegável, assim, o destaque atribuído ao *amicus curiae*, que, de um lado, deve apresentar argumentos relevantes, mas, de outro, deve receber a contrapartida da jurisdição, no sentido de efetivamente dialogar com os mesmos, ou seja, de dedicar a sua atenção não apenas para receber atentamente os argumentos do *amicus curiae*, mas para testá-los publicamente. Cf. MENDES, Conrado Hübner. “O projeto de uma corte deliberativa”. *Jurisdição constitucional no Brasil*. Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paulo Gorzoni e Rodrigo Pagani de Souza organizadores. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-74.

<sup>1963</sup> Cf. item 1.2.3 desta pesquisa.

de debate público, ou seja, mais uma forma de desenvolver a democracia participativa, e o *amicus curiae* revela-se como um potente mecanismo para tornar real o ideário de transformar o processo em significativa via de ação política e de interação com a realidade social. É lógico que os argumentos lançados pelos *amici curiae* devem ser considerados pelo juiz, e, caso não tenha alternativa procedimental a não ser decidir, devem ser considerados nos debates firmados entre as partes formais, os segmentos sociais e demais órgãos públicos interessados. Nesse sentido, trata-se de um gatilho de participação popular nos debates constitucionais, o que pode ocorrer de forma mais ampla, como se verá no item que se segue, por intermédio de audiências públicas<sup>1964</sup>.

### **7.2.2 Da relevância das audiências públicas para a intermediação de diálogos interinstitucionais e a sociedade: da definitiva superação do paradigma liberal à cultura dialógica da jurisdição**

Como visto no item anterior, sob o ponto de vista procedimental, quando o juiz selecionar um caso que possibilite a ampliação dos debates públicos sobre uma possível melhoria nas políticas de prestação universal de bens e serviços de saúde pública, ele deve, sempre que possível, provocar ou aceitar a provocação no sentido de participação dos *amici curiae* nesses debates. É possível, todavia, ampliar essa arena pública de discussão, a partir de uma nova cultura judicial, que, diante de causas complexas, procura incentivar o diálogo interinstitucional e a participação popular nos debates por meio de audiências públicas. Como se verá neste tópico de estudo, esse anseio democrático só se tornará real, quando a cultura jurídica brasileira romper com a mentalidade formal e burocrática ainda reinante entre os atores do sistema de justiça.

#### **7.2.2.1 Da preparação do juiz para a renovada oralidade do processo civil contemporâneo**

Se, para ser legítimo, qualquer processo deve ser moldado à luz dos valores democráticos, os que lidam com a questão da saúde pública fora das diretrizes previamente estabelecidas pelo administrador devem considerá-los muito mais, por conta dos diversos interesses fático-jurídicos envolvidos. Se há, de um lado, a juridicidade da tutela da própria

---

<sup>1964</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro imparcial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004.

dignidade humana, de outro, há os parâmetros de governabilidade democrática e as restrições orçamentárias. Esse dilema, todavia, não serve apenas para limitar o exercício da jurisdição. Ele vai além, pois reclama a reinvenção da própria ideia de jurisdição, que agora deve ser adaptada às características desse tipo de conflito que marca a sociedade moderna, inclusive com a revalorização do princípio da oralidade, evidenciando ainda mais o contraditório na perspectiva de influência prévia.

Impõe-se, assim, redimensionar a importância do princípio da oralidade no processo judicial<sup>1965</sup>. É perfeitamente possível ampliar a oralidade sem “prejuízo da segurança jurídica”, que é um receio da doutrina clássica<sup>1966</sup>, pois, por conta do atual progresso científico e tecnológico, todos os atos podem ficar registrados, para conferência posterior. A oralidade potencializa o exercício, pelo juiz, do seu dever de promover o diálogo entre as partes do processo<sup>1967</sup>. Ademais, a oralidade, em sua perspectiva da imediação entre o juiz e os fatos e suas versões, torna o processo mais cooperativo e justo, devido a sua maior aderência à realidade do direito material<sup>1968</sup>.

Esses aspectos, de certa forma, foram absorvidos pela legislação mais recente<sup>1969</sup>, a exemplo da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), e pelo próprio CPC/2015, como se observa, ilustrativamente, no interrogatório *on line* das partes (art. 385, § 3º) e das testemunhas (art. 453, § 1º), ocorrendo o mesmo em relação à sustentação oral perante os tribunais (art. 937, § 4º). Em causas complexas, todavia, impõe-se ampliar a oralidade, para alcançar o universo das audiências públicas, como manifestação republicana de controle

---

<sup>1965</sup> Para uma visão ampla acerca do tema, abordando-o da visão clássica à contemporânea tanto no processo civil quanto no processo penal, Cf. SOUZA, Michel Roberto Oliveira de. “Novas perspectivas sobre a oralidade no processo”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, ano 1, v. 2, p. 145-174, jul./dez. 2015. Em perspectiva clássica, Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 34-42. Não é demais ratificar, no âmbito do processo penal, a impressão de que a oralidade assume uma diferença fundamental nos procedimentos que ocorrem perante o tribunal do júri e nas audiências de custódia (art. 306, § 1º, do CPP).

<sup>1966</sup> Em 1938, já prelecionava Victor Nunes Leal que existem três inimigos da oralidade: a) ignorância; b) rotina; c) chicana. Em resumo, ignora-se o que seja um processo oral, imaginando-se que nele não há espaço para a documentação dos atos processuais, e, por isso, os atores do processo procuram se manter acomodados à rotina de um tradicional modelo burocrático de análise das peças processuais, sendo certo também que a possibilidade de se praticar chicana processual é inerente a qualquer processo, oral ou predominantemente escrito. Cf. LEAL, Victor Nunes. “Ignorância, rotina e chicana – os três inimigos do processo”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 35, n. 74, p. 251-253, abr. 1938.

<sup>1967</sup> GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 82.

<sup>1968</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. – 57. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: 2016, p. 62-61.

<sup>1969</sup> É inegável que o princípio da oralidade é informador do microssistema de Juizados Especiais (art. 2º da Lei nº 9.099/1995; art. 1º da Lei nº 10.259/2001). No caso dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, apesar de a Lei nº 12.153/2009 ser omissa quanto à oralidade, o art. 27 deixa clara a aplicação das outras duas leis do microssistema de forma subsidiária, de modo que a oralidade também faz parte da estrutura procedimental desses processos.

popular e, com efeito, de democracia participativa<sup>1970</sup>.

É que a jurisdição contemporânea não pode mais ter horizonte meramente retrospectivo, versando apenas sobre eventos passados. Muitos conflitos, atualmente, não despertam interesses só individuais, revelando-se insatisfatória a resolução dos mesmos apenas pelo debate processual das partes. Ademais, constata-se que a realidade social brasileira, excludente e fortemente desigual em relação à tutela de direitos fundamentais, em especial quanto aos direitos sociais, termina por culminar em uma explosão de litigiosidade incompatível com a própria estrutura do Judiciário, que, exatamente para eliminar a fonte dos litígios, deve também pensar na raiz social do problema. Nas lides individuais envolvendo prestações de saúde pública, por exemplo, o Judiciário não deve se preocupar apenas com o proferimento de uma sentença ou acordão, pois se trata de litígio que apresenta dimensão social mais ampla (litígio estrutural). A jurisdição, nesse sentido, não deve se limitar a uma atuação decisória, restrita à aplicação de textos normativos na perspectiva da adequada versão do conflito estabelecido pelas partes; pelo contrário, deve proporcionar respostas prospectivas, flexíveis e abrangentes, com impacto sobre parcela considerável da sociedade. É somente nesta perspectiva, de afastar mecanismos anacrônicos de resolução de conflitos, que a jurisdição — não vista mais como uma mera atividade reativa, neutra, técnica e programada — adotará uma postura compatível com litígios dotados de alto grau de complexidade, a exemplo dos que envolvem prestações de saúde pública<sup>1971</sup>.

Nessa perspectiva, como parâmetro procedimental, ao juiz incumbe buscar, na medida do possível, uma ampliação do diálogo institucional, como forma de amenizar consequências práticas que podem acabar por produzir efeitos contrários aos valores que lhes inspiraram. O fato é que, se todas as instituições são imperfeitas, “é imprescindível uma análise institucional comparada, que pondere as forças e fraquezas relativas de cada uma”<sup>1972</sup>, para, ao final, adotar-se a melhor opção<sup>1973</sup>.

---

<sup>1970</sup> VESCOVI, Enrique. “Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia pública”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 379. No mesmo sentido, Cf. GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2003, p. 81.

<sup>1971</sup> FARIA, José Eduardo. “O judiciário e seus dilemas”. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 56, set. 1999, p. 64-67.

<sup>1972</sup> BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komisar*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 158.

<sup>1973</sup> Conforme preconiza Gustavo Binbenojm, “a maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões”. Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira* –

Poder-se-ia dizer que, antes de o juiz determinar, por exemplo, o bloqueio de numerário público disponível nos bancos, com ameaça de prisão dos responsáveis em caso de desobediência à ordem, deve ponderar os argumentos administrativos, pois o controle das escolhas públicas passa pela organização do Estado em explicitá-las e justificá-las, enfim, pela transparência não apenas quanto aos cidadãos atendidos, mas também quanto aos motivos que ensejaram a restrição dos outros quanto ao acesso aos bens sociais<sup>1974</sup>. O argumento é válido, todavia as exigências de democratização procedimental e o novo perfil judiciário reclamam uma atuação dialógica antes mesmo da sentença.

A decisão imediata nas demandas por prestação de saúde pública, como já dito neste trabalho, deve ficar reservada para três hipóteses: a) concessão de tutela de urgência, inclusive eventualmente sem a oitiva da Fazenda Pública, para evitar a ocorrência de dano irreversível à saúde postulante; b) concessão de tutela de urgência, quando a medida judicial, nos casos de doenças raras, genéticas ou crônicas, puder proporcionar significativa qualidade de vida ao jurisdicionado; c) sentença de improcedência, na hipótese de o pleito ser evidentemente destituído de fundamentação jurídica plausível. Fora este caso, mesmo naqueles em que a técnica antecipatória tenha sido concedida ao autor individual, o juiz deve analisar se é possível a coletivização do processo e, com efeito, proporcionar, antes de qualquer decisão definitiva, a interlocução democrática entre as partes e entre estas e a sociedade.

É urgente, como ressalta Kazuo Watanabe<sup>1975</sup>, substituir a “cultura de sentença” pela “cultura de pacificação”, e, nessa perspectiva, impõe-se logo observar que a função conciliadora não retira qualquer dignidade da jurisdição, sendo falsa, portanto, a ideia de que o bom juiz é aquele que sentencia muito. O critério estatístico, aliás, decorre da cultura de sentença, que se encontra enraizada na cultura jurídica brasileira, inclusive para fins de promoção na carreira judicial. Esse critério, por si, deve ser revisto, para considerar o esforço e a eficiência do juiz em relação à composição do litígio, porque, na realidade, pacificar não é uma tarefa tão simples como parece, exige preparo e perfil profissional, e, em muitos casos, para alguns juízes, revela-se muito mais fácil e mais cômodo sentenciar do que pacificar os litigantes e eliminar socialmente o foco de litigiosidade. Precisa-se, por tudo isso, investir na maior formação e treinamento de profissionais voltados a soluções não contenciosas de

---

*legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 279.

<sup>1974</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos?”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97.

<sup>1975</sup> WATANABE, Kazuo. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”. *Estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes coordenadores. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

conflitos. Em termos claros, revela-se imperioso romper com a cultura do “certo ou errado”, do combate e das soluções adjudicatórias, modelo marcante das carreiras profissionais do Brasil.

Essa mudança paradigmática, na realidade, também deve passar à advocacia. A formação do advogado não deve ser apenas para o ajuizamento de demandas, acompanhamento de prazos, realização de audiências e impugnações em geral. Pelo contrário, a dignidade dessa profissão, uma das poucas constitucionalizadas (art. 133 da CF), está no fato de ser uma função pública indispensável à administração da justiça. Nesse sentido, em seu trabalho intelectual, a atuação do advogado tem caráter público, perfeitamente compatível com os objetivos globais da sociedade, o que demonstra que ela não deve ser conduzida apenas para o embate ou para a busca de um julgamento. O advogado, mesmo quando atua no interesse do cliente e com objetivos remuneratórios, participa da construção da justiça social, e, nessa perspectiva, deve se preocupar e se preparar para “soluções de consenso”<sup>1976</sup>, conhecendo o universo da negociação, que envolve questões multidisciplinares (econômicas, sociais, psicológicas etc.). Necessita-se, assim, mudar a cultura da litigiosidade para um espírito conciliatório já na fase inicial do conflito, quando se deve buscar, junto ao adversário, uma solução consensual, muitas vezes mais célere, menos onerosa e mais vantajosa, se comparada ao processo judicial<sup>1977</sup>. Por essa forma de se conduzir, o advogado contribui, inclusive, para a diminuição do número de demandas em tramitação nos tribunais<sup>1978</sup>.

Tudo isso demonstra que a construção de uma jurisdição dialógica<sup>1979</sup>, verdadeiramente democrática e compromissada com os reais problemas sociais depende de um renovado perfil de juízes e advogados, de uma mentalidade sensível aos dilemas dos litígios e da capacidade de se posicionar no lugar dos outros sujeitos envolvidos. Como o Direito pressupõe interpretação<sup>1980</sup>, deve-se permitir uma “abertura democrática”<sup>1981</sup> nesse

<sup>1976</sup> Sugerindo, inclusive para os representantes da advocacia pública, Ministério Público e Defensoria Pública, um perfil voltado à “resolução colaborativa de disputas”, ao invés de uma “negociação competitiva”, Cf. CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): ‘mediação sem mediador’”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 471-489, set. 2016.

<sup>1977</sup> DINGLE, Jonathan; KELBIE, Judith. *The mediation handbook 2014/2015*. 2nd. ed. India: Unity Press, 2014, p. 22.

<sup>1978</sup> Nesse sentido, Cf. VASCONCELOS, Fernanda Holanda de. *Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos*. João Pessoa: A União, 2014, p. 207-232 e 253-258.

<sup>1979</sup> Sobre o tema, Cf. GARGARELLA, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 119-158.

<sup>1980</sup> OST, François. *Dire le Droit, Faire Justice*. Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 48, 52 e 60.

<sup>1981</sup> Acerca da correlação entre “interpretação constitucional” e “valores democráticos”, Cf. GARGARELLA, Roberto. “Interpretation and democratic dialogue”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 41-65, mai./ago. 2015.

processo, rompendo com a cultura jurídica tradicional brasileira, apegada ao conceitualismo e à abstração<sup>1982</sup>. Nesse sentido, inclusive, em um processo que pretende transformar a realidade social — como é o caso da possível solução consensual por meio dos debates interinstitucionais estabelecidos nas audiências públicas por intermédio de linguagem diferenciada<sup>1983</sup>, se comparada às audiências dos processos bipolares tradicionais —, não se deve apenas aceitar o Direito como ele é, tal como positivado previamente. É preciso ir além nas discussões, com a capacidade crítica de virar o próprio Direito do avesso, para contextualizá-lo historicamente<sup>1984</sup>.

Observa-se, todavia, que, além de uma “consciência emancipatória”, isso somente é possível se os participantes do debate tenham uma formação adequada<sup>1985</sup>, capaz de permitir a solução de problemas concretos por intermédio de consciência histórica e senso de responsabilidade em relação ao futuro<sup>1986</sup>. No particular, não é o que se tem verificado atualmente. A formação emancipatória dos cidadãos é um problema crucial das democracias contemporâneas<sup>1987</sup>, que não apresenta solução imediata. Quanto aos juízes, advogados,

---

<sup>1982</sup> Com base nas lições de Luiz Alberto Warat, impõe-se perceber que a má compreensão da doutrina de Kelsen, por exemplo, faz com que se tenha o senso comum teórico do que o jurista não seja visto como um operador das relações sociais, mas sim como um operador técnico e descritivo de textos legais. Ensina-se, equivocadamente, que a essência da prática jurídica seja de caráter dogmático, no sentido de que o objeto de conhecimento seja o direito positivo. Esse tipo de formação conduz à crença da neutralidade axiológica do Direito, fazendo com que o jurista não tenha a capacidade de perceber que diversos conceitos veiculados como verdades hermenêuticas não passam de convenções que visam atender a interesses de determinado grupo privilegiado. Retira-se, assim, a possibilidade de discurso crítico, ou seja, de questionar os paradoxos da dogmática jurídica por conta das condicionantes histórico-sociais da realidade com as quais se vive e se lida cotidianamente. É natural, nessa perspectiva, que o profissional do Direito forme-se, muitas vezes, despido da consciência de sua responsabilidade perante a construção do Estado Democrático de Direito, voltada, inclusive, para a construção de soluções céleres e eficientes para os problemas do cotidiano. A formação jurídica tradicional, portanto, simplifica a problemática das relações sociais, fazendo com que o jurista pense por subsunção, não conseguindo enxergar, diante de um litígio, o texto normativo além de sua literalidade. Cf. WARAT, Luiz Alberto. “Saber crítico e senso comum teórico dos juristas”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

<sup>1983</sup> LORENZETTI, Ricardo. “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 353.

<sup>1984</sup> Nesse sentido, por todos, Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma teoria crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 141-144.

<sup>1985</sup> É preciso superar o discurso ideológico hegemônico, a fim de criar um mundo melhor e de assegurar um futuro promissor às gerações vindouras. Sem educação emancipatória, entretanto, essa missão torna-se impossível. Nesse contexto, impõe-se perceber, com base na lição de Anna Candida da Cunha Ferraz, que a educação é o meio adequado e necessário, para permitir ao cidadão que integre a sociedade a que pertence e o mundo em que vive, e tem como objeto despertar e reconstruir, no ser humano, o conhecimento integral que envolve os valores prestigiados na sociedade, seus direitos e seus deveres em relação aos outros e à ordem social. Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha. “Educação em direitos humanos: pressuposto para o exercício da cidadania”. *Educação jurídica*. Vladimir Oliveira da Silveira, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches e Mônica Bonetti Couto organizadores. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 96.

<sup>1986</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

<sup>1987</sup> POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 189-190.

membros do Ministério Público e demais representantes de instituições sociais dotadas de representatividade, todavia, já é possível avançar, tornando-os mais propícios ao desenvolvimento de valores democráticos<sup>1988</sup>. Esses profissionais, no particular, devem logo perceber que, diante de conflitos complexos que marcam a sociedade contemporânea, a exemplo dos litígios estruturais, e da necessidade de efetivar os direitos humanos, a análise de “aspectos interdisciplinares” do fenômeno jurídico revela-se essencial<sup>1989</sup>. Sendo assim, para os casos envolvendo prestações de saúde pública<sup>1990</sup>, mostra-se imprescindível o aprofundamento em Direito Sanitário e Políticas Públicas<sup>1991</sup>, o que não se tem verificado atualmente<sup>1992</sup>.

Outro exemplo de negligência na formação judicial diz respeito à correta compreensão do acesso à justiça. O acesso a uma ordem jurídica justa exige uma nova postura mental, um novo método de pensamento em relação à jurisdição da sociedade complexa em que se vive atualmente, no sentido de se preocupar com os consumidores do serviço jurisdicional, e, nessa perspectiva, a ética que deve conduzir o Poder Judiciário não deve ser apenas a da eficiência técnica, mas sim a do equilíbrio e do bem-estar da sociedade. Para que isso ocorra, deve-se

---

<sup>1988</sup> Observe-se que educação e democracia participativa são dois fatores essenciais ao desenvolvimento, que significa a ampliação das oportunidades de modelar a vida e lhe definir um destino. A educação tem o condão de mudar as pessoas, tirá-las de qualquer estado de alienação, de modo que, conscientemente, elas podem lutar pelo seu reconhecimento, enquanto seres que merecem consideração e respeito, por um mundo sem opressão injusta e por práticas de respeito à escassez dos recursos naturais, propiciando, assim, um ambiente solidário que assegure um futuro decente à humanidade. O discurso de resistência hegemônica, pautado na ética solidária e na visão holística de mundo, tem papel essencial na conscientização e no estímulo de práticas de proteção ambiental e tutela dos direitos sociais, inclusive trabalhistas. A educação que se deseja no projeto de desenvolvimento é algo que não mais se confunde com a simples propagação descritiva do conhecimento e da informação. Não se trata da simples qualificação profissional. Pelo contrário, o desenvolvimento sustentável, por intermédio da educação emancipatória, resulta de um comportamento ético e consciente face aos bens e serviços limitados da Terra. Trata-se de uma educação para a sustentabilidade do consumo, do trabalho digno e da produção. Trata-se, enfim, de uma educação que não deve ser focada apenas na lógica da competição capitalista e no mercado (profissionalização), já que este, por si, não dá conta das legítimas aspirações imateriais, mas sim em relações sociais marcadas pelo respeito, convivência pacífica, cooperação e valorização do amor ao próximo e à natureza. Nessa perspectiva, a educação emancipatória termina sendo essencial ao acompanhamento adequado das ações estatais, analisando-as a partir da necessidade de observâncias dos comandos imperativos constitucionais e outros textos normativos de direitos humanos.

<sup>1989</sup> Para uma ampla visão da necessidade de uma formação emancipatória interdisciplinar em matéria de direitos humanos, Cf. TAVARES, Celma. “Educar em direitos humanos, o desafio da formação dos educadores numa perspectiva interdisciplinar”. *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. Rosa Maria Godoy Silveira, Adelaide Alves Dias, Lúcia de Fátima Guerra Ferreira, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa e Maria de Nazaré Tavares Zenaide organizadoras. João Pessoa: Universitária, 2007, p. 487-503.

<sup>1990</sup> Entendendo que é o aspecto da multidisciplinariedade que torna as demandas por prestações de saúde pública complexas, Cf. ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 342, set. 2016.

<sup>1991</sup> Defendendo, com a razão, a inclusão das disciplinas Direito Sanitário e Políticas Públicas nos concursos públicos, Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 352-361.

<sup>1992</sup> No sentido de que, nos EUA, também há um déficit de conhecimento por parte dos juízes no que se refere à questão de alocação adequada de recursos financeiros, Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94-95.

afastar de abstrações desconectadas com a comunidade local. Apenas o conhecimento das realidades social, econômica, política e cultural do país permite uma tutela jurisdicional adequada.

No caso brasileiro, pode-se dizer que o próprio Estado, ao não se desincumbir de suas promessas normativas, revela-se um gerador de conflitos de prestações de saúde pública. Como se trata, em tese, de prestações continuativas, é essencial que a jurisdição, aberta a pesquisas interdisciplinares<sup>1993</sup>, tenha uma postura de incentivar soluções consensuais, inclusive com a participação da comunidade, tornando o ambiente da justiça menos formal, com inegáveis ganhos em termos de credibilidade e respaldo social. Os juízes, assim, cômicos da realidade em que estão inseridos, terão maiores condições de promover democraticamente a efetiva tutela de direitos<sup>1994</sup>.

O desafio cultural, assim, é vencer a “mentalidade burocrática” que ainda se encontra enraizada na jurisdição brasileira, historicamente caracterizada por um modelo hierarquizado e impermeável de poder centralizado e autocrático, para direcioná-la para maior abertura de espaços públicos de deliberação democrática<sup>1995</sup>. Em outras palavras, é imperioso afastar a “burocratização do juiz”, alertando-o de que, contemporaneamente, existem funções processuais não adjudicatórias que são igualmente relevantes<sup>1996</sup>. Nessa perspectiva, para que os parâmetros procedimentais apresentados neste estudo sejam viáveis faticamente, revela-se imprescindível criar um ambiente processual que não se limite ao cumprimento de rotinas preestabelecidas, de modo que, no plano administrativo, o papel das Escolas Judiciais é digno de destaque<sup>1997</sup>.

É sabido que o problema da capacidade judicial para atuar em políticas públicas é até mesmo anterior, especificamente de formação adequada<sup>1998</sup>, já que o modelo pátrio precisa de

---

<sup>1993</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “O processo civil no limiar de um novo século”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 89, v. 781, p. 57, nov. 2000.

<sup>1994</sup> WATANABE, Kazuo. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

<sup>1995</sup> A temática da formação judicial emancipatória, diante das forças ideológicas do neoliberalismo, foi abordada anteriormente no seguinte texto: REIS, Sérgio Cabral dos. “Educação para direitos humanos e teoria democrática: desafios e perspectivas do meio ambiente do trabalho sustentável diante da ideologia neoliberal”. *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. Guilherme Guimarães Feliciano, João Urias e Ney Maranhão coordenadores. Vol. 3. São Paulo: LTr, 2017, p. 103-117.

<sup>1996</sup> PICARDI, Nicola. “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, anno LVIII, n. 1, p. 41-72, mar. 2004.

<sup>1997</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 117-133.

<sup>1998</sup> Sugerindo um modelo esquemático de formação de juízes, Cf. GUERRA, Marcelo Lima. “Sobre a formação de magistrados”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 183, p. 327-351, mai. 2010.

aperfeiçoamentos, certamente. O problema inicia-se na própria graduação jurídica<sup>1999</sup>, que, em regra, ainda mantém um paradigma de ensino fundamentado no positivismo dogmático, praticamente sem estímulo à criatividade e ao estudo interdisciplinar, perpetuando-se em um sistema hermético, rígido e infenso a transformações<sup>2000</sup>. Apesar de sério, o processo seletivo também se desvela inadequado, vez que apenas valoriza o conhecimento técnico, mas não o condão de avaliar a produtividade, a capacidade de trabalho, as condições para enfrentamento de desafios e de adaptabilidade a novas circunstâncias<sup>2001</sup>.

Trabalhar com o texto constitucional é manter-se aberto aos novos campos do saber. É impossível, especialmente em matéria de políticas públicas, realizar um corte epistemológico em relação a outras disciplinas. Conforme preleciona André Ramos Tavares<sup>2002</sup>, “a Constituição, em suas normas abertas, imprecisas, quais findam por serem atreladas à realidade, demanda interdisciplinaridade. A leitura da realidade somente será completa com a participação das outras ciências”. Assim, revelam-se absolutamente necessárias reciclagens abrangentes e periódicas sobre saúde, educação, moradia e outros grandes temas sociais, para que ocorra uma prestação jurisdicional adequada.

As Escolas da Magistratura, nesse norte, devem manter um processo educacional permanente, a fim de preparar os juízes para uma nova gestão jurisdicional, própria dos tempos de pós-modernidade. Antes de tudo, o juiz brasileiro deve ser um eficiente administrador, afastando qualquer espécie de burocracia processual, inerente cientificismo da modernidade. Enfim, espera-se do juiz, sob a égide do Estado Democrático de Direito, paciência, humildade, vocação para servir, de modo que não há mais espaço para a prepotência, arrogância, burocratismo exagerado, formalismo estéril, insensibilidade e recusa à transparência e permanente prestação de contas<sup>2003</sup>. Enfim, espera-se que o processo de formação possibilite as qualidades do modelo ideal que se denominou nesta pesquisa de “juiz-dialógico”.

É nesse horizonte que se deve posicionar o juiz democrático, direcionando-se a uma renovada oralidade processual, que contribui para um debate adequado acerca do tratamento de tema tão controverso como o da judicialização da saúde pública. Talvez, por trazerem, em

---

<sup>1999</sup> ADEODATO, João Maurício. “A OAB e a massificação do ensino jurídico”. *Educação jurídica*. Vladimir Oliveira da Silveira, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches e Mônica Benetti Couto organizadores. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565-575.

<sup>2000</sup> NALINI, José Renato. “Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 98, v. 889, p. 11, nov. 2009.

<sup>2001</sup> *Idem*, p. 15.

<sup>2002</sup> TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p. 51.

<sup>2003</sup> NALINI, José Renato. “Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 98, v. 889, p. 25, nov. 2009.

tese, um olhar diferenciado acerca da temática, o palco adequado sejam os juízos especializados em políticas públicas de saúde<sup>2004</sup>. Ademais, esse debate ou diálogo não deve ocorrer apenas em relação às partes formalmente incluídas no processo, mas sim aos usuários dos serviços, servidores e trabalhadores, bem como às associações ou representantes da sociedade civil. É o que, repita-se, denomina-se nesta tese de “democratização externa” do processo, que será vista nos itens que se seguem na perspectiva das audiências públicas.

#### 7.2.2.2 Diálogos interinstitucionais e audiências públicas: por uma nova cultura judicial

É pressuposto desta pesquisa que é possível ocorrer diálogo interinstitucional no âmbito da jurisdição, comportamento fundamental em casos complexos, inclusive com a abertura de espaços de participação social. Nesse sentido, sustenta-se, atualmente, a necessidade de repolitizar a legitimidade da jurisdição, afastando-a do modelo clássico de judicatura, fundado na “neutralidade” e no “tecnicismo hierárquico positivista”, para um modelo de processo que tenha como pressuposto a participação democrática, considerada um direito fundamental, uma garantia da cidadania, especialmente quando estão em jogo direitos cuja base principiológica encontra-se em textos normativos de conteúdo aberto<sup>2005</sup>.

É fundamental perceber, nesse contexto, que uma das funções essenciais da jurisdição contemporânea é garantir espaços de representatividade aos grupos minoritários nos processos deliberativos travados na esfera pública, ou seja, a jurisdição deve aperfeiçoar canais de comunicação e discussão entre a Política e o Direito<sup>2006</sup>, o que significa dizer, em outras palavras, que esse controle jurisdicional é necessário para o aperfeiçoamento da própria democracia<sup>2007</sup>. O processo judicial, nesse sentido, desde que mantenha o equilíbrio do sistema político<sup>2008</sup>, também pode ser um importante instrumento de democracia

<sup>2004</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 375-376.

<sup>2005</sup> Nesse sentido, Cf. BONAVIDES, Paulo. “Os fundamentos teóricos da democracia participativa”. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 343-352.

<sup>2006</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. “Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais”. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 136.

<sup>2007</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 39.

<sup>2008</sup> GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999, p. 27.

participativa<sup>2009</sup>, além de proporcionar à sociedade, como parte de uma nova cultura política emancipatória<sup>2010</sup>, o direito de gerenciamento nas escolhas públicas<sup>2011</sup>.

Em uma democracia em sentido forte, é comum o encontro entre cidadãos e autoridades públicas, para discutir determinadas experiências e questões<sup>2012</sup>. Como a democracia participativa pretende inserir-se no processo decisório<sup>2013</sup>, a função jurisdicional não pode ser um entrave democrático e, nessa perspectiva, deve, sempre que possível, flexibilizar o procedimento, para o exercício de atos de cidadania ativa, em que os cidadãos não se veem apenas como destinatários das normas jurídicas, mas também como autores de seus próprios direitos<sup>2014</sup>. Nessa perspectiva, há visível ressignificação da jurisdição contemporânea, com a reconfiguração do modelo representativo e o fortalecimento, repita-se, da própria democracia<sup>2015</sup>.

Não obstante essas novas concepções, impõe-se perceber que, quanto aos complexos e estruturais casos de prestações por bens e serviços de saúde pública, o juiz deve ter uma postura procedimental diversa da que tradicionalmente se tem como modelo de exercício da função jurisdicional, pois deve romper com o paradigma liberal de direito, compreendendo que, no Estado Constitucional, a tutela dos direitos, por ter também uma dimensão coletiva, exige o respeito à governabilidade.

Sendo assim, ao juiz incumbe buscar, na medida do possível, uma ampliação dos diálogos institucionais, como forma de amenizar consequências práticas que podem acabar por produzir efeitos contrários aos valores que as inspiraram. Observe-se, por exemplo, que, apesar da cooperação e da gestão compartilhada entre os entes federativos, impõe-se entre estes uma postura de diálogo institucional, a fim de não sobrecarregar, por exemplo, o

<sup>2009</sup> PASSOS, José Joaquin Calmon de. “Democracia, participação e processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 84.

<sup>2010</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 61-62.

<sup>2011</sup> RIBEIRO, Darcy Guimarães; SCALABRIN, Felipe. “O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa”. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009. No sentido da necessidade de ampliação do contraditório, quando se está diante da tutela de interesses difusos, Cf. DENTI, Vittorio. “Giustizia e partecipazione dei nuovi diritti”. “Democracia, participação e processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 19-20.

<sup>2012</sup> YOUNG, Iris Marion. “Representação política, identidade e minorias”. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006, p. 139-140.

<sup>2013</sup> COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba, UFPR, 2012, p. 305.

<sup>2014</sup> CITTADINO, Gisele. “Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia”. *Alceu*, v. 5, n. 9, p. 109-110, jul./dez. 2004.

<sup>2015</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 165.

Município, entidade que notoriamente dispõe de menos recursos<sup>2016</sup>.

Nessa mesma perspectiva, impõe-se observar que, antes de determinar o bloqueio de numerário público disponível nos bancos, com ameaça de prisão dos responsáveis em caso de desobediência à ordem, em princípio, o Poder Judiciário deve ponderar os argumentos administrativos<sup>2017</sup>, pois o controle das escolhas públicas passa pela organização do Estado, ao explicitá-las e justificá-las, enfim, pela transparência, não apenas quanto aos cidadãos atendidos, mas também quanto aos motivos que ensejaram a restrição dos outros em relação ao acesso aos bens sociais<sup>2018</sup>. Por isso, principalmente nos processos coletivos que versam sobre políticas públicas de saúde, revela-se fundamental que os entes demandados apresentem, inclusive por determinação judicial, um plano integrado de melhorias, em termos de universalidade, nas prestações dos serviços, para que esses planejamentos seja debatidos amplamente em audiências públicas<sup>2019</sup>. De igual modo, as entidades que eventualmente atuam como *amicus curiae* também devem apresentar os seus planos alternativos de solução, para viabilizar o diálogo durante as audiências públicas, tornando a solução final mais legítima e democrática.

Essa posição de diálogo, naturalmente, aplica-se ao primeiro grau de jurisdição, que é a porta de entrada das demandas por prestações de saúde pública. A sensibilidade judicial exigirá, muitas vezes, a saída dos gabinetes, para a realização de visitas a escolas e hospitais, no intuito de tomar a decisão adequada, e o diálogo social e democrático, ademais, não deve ocorrer apenas em relação às partes formalmente incluídas no processo, mas sim aos usuários dos serviços, servidores e trabalhadores, bem como às associações da sociedade civil. Em casos complexos, a exemplo dos que podem afetar políticas públicas governamentais de saúde, a perspectiva judicial deve ser a construção conjunta de sentidos constitucionais<sup>2020</sup>

<sup>2016</sup> WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. “Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa”. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5 p. 1191-1206, set./out. 2014.

<sup>2017</sup> Eventuais excessos da jurisdição de políticas públicas decorrem da falta de conhecimento, por parte dos juízes, acerca das ações administrativas pertinentes. As atuações, nesse campo, devem ser coordenadas e dialogadas, e tanto é verdade, que a Administração também deve cooperar com o Judiciário prestando informações acerca de seus planos e programas estratégicos. O CNJ, por exemplo, tem incentivado a formação de parcerias entre os órgãos públicos envolvidos nas demandas por prestações de saúde pública, a fim de reduzi-las. Nesse sentido, Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 387-388.

<sup>2018</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos?”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97.

<sup>2019</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *A arte de fazer justiça: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina*. Tradução de María Laura Delaloye. São Paulo: RT, 2015, p. 157 e 159.

<sup>2020</sup> É a lição de Maria Paula Dallari Bucci: “O caminho que se vislumbra, portanto, é a ‘processualização’ das iniciativas objeto dos processos judiciais, isto é, a criação de mecanismos formais ou informais de mediação, por

faticamente possíveis, inclusive para buscar o consenso entre as instituições e os cidadãos envolvidos<sup>2021</sup>. A representação política, dessa forma, deve ir além dos atores eleitos, para alcançar todos aqueles que, legitimamente, satisfazem, por meio de suas atividades, demandas sociais que possuem consequências políticas<sup>2022</sup>.

Em um primeiro momento, se a situação comportar, seria interessante, antes da decisão — que, fora das situações de extrema urgência, deve ser subsidiária —, sempre se tentar a conciliação entre a Administração e a Defensoria Pública e/ou o Ministério Público, instituições que teriam uma atuação política junto aos administradores, evitando a decisão que, de fato, não obstante necessária, pode em algum grau comprometer a governabilidade. A participação de outros órgãos das esferas de poder (Câmara Legislativa, Tribunal de Contas etc.) também não está descartada, pois o objetivo de todos, certamente, é a melhoria da prestação dos serviços públicos. É nesse sentido que se fala, atualmente, em “execução negociada”<sup>2023</sup>, corolário do dever de gestão processual adequada<sup>2024</sup>, decorrente dos princípios da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental e do contraditório útil<sup>2025</sup>. A atuação judicial nesse tema, pois, deve-se pautar sempre pela busca de certo consenso entre as instituições e os cidadãos envolvidos.

Ora, em tempos de processo telemático<sup>2026</sup> e de comunicação diferenciada<sup>2027</sup>, inclusive pelo diálogo entre Cortes Supremas<sup>2028</sup>, não se pode visualizar um modelo de jurisdição em que o juiz — sem perceber a sua função política contemporânea — fique confinado aos gabinetes dos Fóruns. A figura do “juiz-burocrata”, nesse sentido, tende a

meio de ‘diálogos institucionais’ que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas”. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 199.

<sup>2021</sup> Acerca de diálogos institucionais sobre as regras constitucionais que disciplinam as medidas provisórias, Cf. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 251-254.

<sup>2022</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 180.

<sup>2023</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012.

<sup>2024</sup> MEIRELES, Edilton. “Dever de gestão processual adequada”, *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, LTr, ano 10, n. 39, p. 84-95, jul./set. 2011.

<sup>2025</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo”. *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell organizadores. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 305-325.

<sup>2026</sup> CAPONI, Remo. “Il processo civile telematico tra scrittura e oralità”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIX, fasc. 1, p. 305-313, 2015.

<sup>2027</sup> Sobre as redes atuais de intercâmbio judicial, com reflexos na racionalidade das decisões, Cf. ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 7-13.

<sup>2028</sup> CAPONI, Remo. “Dialogo tra Corti: alcune ragioni di un successo”. *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*. A cura di Vittoria Barsotti e Vincenzo Varano. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 121-129.

diminuir, cedendo o seu espaço para o modelo de juiz que também sabe a importância do diálogo no processo judicial<sup>2029</sup>.

Assim, até como forma de dignificar a racionalidade emancipatória dos direitos sociais, impõe-se reinventar o diálogo do Poder Judiciário com as outras instituições e com a própria sociedade<sup>2030</sup>, ampliando os seus interlocutores e alargando o universo das demandas, tornando-se um meio de afirmação de direitos, com o rompimento gradativo da sua tradição conservadora e formalista<sup>2031</sup>.

O que se propõe aqui é o rompimento da jurisdição com exclusividade do modelo hegemônico de democracia, de caráter liberal-representativo e elitista, para proporcionar a abertura de espaços de cidadania judicial, no sentido da concretização de efetivos mecanismo de democracia pluralista, participativa e verdadeiramente popular, com estímulo ao diálogo e aos debates acerca de temas públicos<sup>2032</sup>. O processo judicial, dessa forma, será um “instrumento político de participação”<sup>2033</sup>, criando uma renovada cultura cívica, e o “novo juiz”, em contextos de casos estruturantes e complexos, apenas “mediará” a melhor solução, construída por intermédio de ampla atividade conciliatória e deliberativa<sup>2034</sup>, e só decidirá, quando houver falência total na sua atividade de interlocutor social democrático<sup>2035</sup>.

Neste tópico de estudo, objetiva-se enfatizar as inúmeras potencialidades democráticas

<sup>2029</sup> As características desse modelo de juiz contemporâneo, que se denominou, neste estudo, de “juiz-dialógico”, já foram estudadas no primeiro capítulo.

<sup>2030</sup> QUINTAS, Fábio Lima. “Juizes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 42, jan./mar. 2016.

<sup>2031</sup> PIOVESAN, Flávia. “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas”. *Direitos fundamentais sociais*. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

<sup>2032</sup> ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014, p. 131-132.

<sup>2033</sup> PASSOS, José Joaquin Calmon de. “Democracia, participação e processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 95.

<sup>2034</sup> MENDES, Conrado Hübner. “O projeto de uma corte deliberativa”. *Jurisdição constitucional no Brasil*. Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paulo Gorzoni e Rodrigo Pagani de Souza organizadores. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-74.

<sup>2035</sup> Nesse sentido, é imperioso que, no atual contexto de globalização, a cultura ocidental procure também dialogar com a cultura do extremo oriente, a exemplo do modelo japonês, em que o Direito não tem o mesmo papel reservado àquela para assegurar a ordem social e a justiça. No Japão, não obstante o acesso à justiça esteja assegurado incondicionalmente pelo art. 32 da Constituição, o povo é educado para cumprir os seus deveres, a fim de evitar a proliferação de litígios, inclusive na esfera judicial. Acredita-se que, inspirada nesse modelo, a jurisdição brasileira deve se pautar, especialmente em casos complexos e que não envolvam naturalmente direitos indisponíveis, no fato de que a atuação mais relevante do juiz é a conciliadora, reservando-se à decisão, quando não envolver situação de considerável urgência, um caráter meramente subsidiário. Em outros termos, se ainda não foi possível se avançar no Brasil para uma cultura de desjudicialização e uma ética de respeito à esfera jurídica do próximo, que se aperfeiçoe o universo da jurisdição estatal, para práticas cada vez mais democráticas e pacificadoras.

das audiências públicas<sup>2036</sup>, inclusive quando conduzidas no exercício da função jurisdicional, auxiliando-a, também com a participação de *amicus curiae*<sup>2037</sup>, com informações adequadas para a solução de temas complexos<sup>2038</sup>. O “respeito ao pluralismo social” e, quanto aos cidadãos, o “sentimento de participação” nos debates públicos são apenas alguns dos valores democráticos relevantes que decorrem desse instituto<sup>2039</sup>.

Aqui, certamente, não se pode esquecer a lição de que o uso de determinados rituais ou procedimentos que se adaptem a valores socialmente compartilhados auxilia na atribuição de maior legitimidade quanto à solução do litígio<sup>2040</sup>. O “simbolismo democrático” das audiências públicas<sup>2041</sup>, no caso, parece evidente, pois, além de revitalizar a jurisdição, que abre valioso espaço de diálogo com segmentos da sociedade<sup>2042</sup>, o seu estímulo amenizará uma das consequências negativas da judicialização das relações sociais, que é, pelo menos no Brasil, a manutenção de uma tradicional cultura cívica de baixa intensidade em relação ao acompanhamento da esfera pública<sup>2043</sup>. É oportuno destacar, no particular, que o sistema jurídico brasileiro está em significativa evolução.

Historicamente, a primeira vez que houve abertura do STF à participação de terceiros não integrantes de um processo objetivo de jurisdição constitucional foi em 2007, durante o

---

<sup>2036</sup> JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 131-134.

<sup>2037</sup> LORENZETTI, Ricardo. “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 348.

<sup>2038</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. “Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de *amicus curiae* e de abertura de jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde”. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rogério Gesta Leal e Mônia Clarissa Hennig Leal organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 241.

<sup>2039</sup> RAMOS, Frederico Augusto Blanco. “As audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da democracia participativa”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 176-187.

<sup>2040</sup> CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005, p. 114-118 e 122-124. Acerca da dinâmica correlação cultural entre Simbologia, Direito e Justiça, Cf. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito*. Porto Alegre: SAFE, 2011, p. 21-29 e 81-89. Sobre a influência do Poder Judiciário no processo democrático, com reflexões críticas acerca da doutrina mais recente, Cf. GINSBURG, Ton. “Courts and new democracies: recent works”. *Law & Social Inquiry* (Journal of the American Bar Foudation), v. 37, n. 3, p. 720-742, 2012.

<sup>2041</sup> LORENZETTI, Ricardo. “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 350.

<sup>2042</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. “Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais”. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 134.

<sup>2043</sup> VIANNA, Luiz Werneck. *Ensaio sobre política, direito e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2015, 129-130, 210-211 e 215.

juízo da ADIN nº 3.510/DF, proposta pela PGR, relativa à constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). A justificativa do relator, Min. Carlos Ayres Brito, foi a obtenção de maiores subsídios para o julgamento, que, com a maior participação da sociedade, teria sua legitimidade reforçada. Destaca-se que, neste caso, cinco dos sete pedidos de intervenção de *amicus curiae* foram deferidos, o que significou a ampliação dos espaços de representação social democrática na discussão das teses envolvidas, pois a participação desses terceiros foi intensa, juntando pareceres, notícias e estudos científicos, além de terem realizado sustentações orais nas audiências públicas e, posteriormente, no Plenário do STF. Merece registro também o fato de que, em paralelo à participação dos *amici curiae*, houve igualmente a manifestação de outras entidades e pessoas, que não requereram, no plano formal, o seu ingresso no processo, mas puderam juntar documentos em apoio a alguma das duas posições em debate. Ressalte-se, todavia, que os debates e o diálogo informal durante as sessões da audiência não foram permitidos, pois, segundo o relator, as intervenções admitidas deveriam limitar-se a exposições eminentemente técnicas e científicas dos especialistas, devendo os participantes absterem-se de considerações morais ou políticas. Dessa forma, percebe-se que essa primeira audiência pública realizada pelo STF caracterizou-se pela sua natureza expositiva, embora, ao final das explanações, fosse permitido aos demais ministros da Corte fazerem indagações aos expositores, com possibilidade de a parte contrária também apresentar a sua versão acerca do questionamento<sup>2044</sup>.

Essa experiência inicial do STF, indubitavelmente, revelou-se positiva pela mudança de paradigma quanto à abertura da jurisdição para a sociedade, inclusive para além de segmentos institucionalmente organizados. É preciso, todavia, avançar mais, e, nesse sentido, destaca-se que o procedimento das audiências públicas seja eminentemente deliberativo em relação aos expositores e participantes, com a possibilidade de efetivo debate, com questionamentos recíprocos e troca de argumentos, especialmente quando a solução do caso puder ser consensual, como é o caso dos litígios envolvendo razoáveis pedidos de prestações de saúde pública. Trata-se de tema em que normalmente há “desacordos morais razoáveis”, e, nesses casos, o Estado deve prestigiar padrões democráticos de “escolha”, no intuito da solução convergente e menos traumática para os envolvidos, e não impô-la verticalmente. Deve-se ter o cuidado para romper com o plano da retórica formal, no sentido de realmente

---

<sup>2044</sup> Para uma visão completa dessa audiência pública, Cf. GODOY, Miguel Gualano. “As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015.

levar as audiências públicas a sério, promovendo um efetivo debate e diálogo entre os participantes na esfera pública. A jurisdição, dessa forma, passaria a ter uma atuação “ativamente dialógica”, qualificação que se apresenta como algo além da mera utilização de instrumentos de complementação informativa, ou seja, o juiz deve engajar-se no debate interinstitucional e popular<sup>2045</sup>, para, se possível, resolver consensualmente o conflito, reservando à solução adjudicatória um caráter meramente subsidiário.

Percebe-se, assim, no que se refere ao tema deste estudo, que o sistema jurídico não impede, antes estimula, que o juiz, após coletivizar o processo, deve incentivar a participação da sociedade, a fim de viabilizar uma medida de consenso que, na perspectiva do interesse público primário, viabilize uma possível universalização prestacional ou alguma outra medida que acarrete melhorias nos procedimentos já disciplinados e disponibilizados pelo governo<sup>2046</sup>.

A postura do juiz, desse modo, deve ser no sentido de sempre tentar, em um primeiro momento, se a situação jurídica comportar, a conciliação entre a Administração e a Defensoria Pública e/ou o Ministério Público, instituições que teriam uma atuação política junto aos administradores, evitando a decisão, que, de fato, não obstante necessária, pode em algum grau comprometer a governabilidade. O juiz, em outras palavras, deve se afastar da “cultura da sentença”<sup>2047</sup>, pois a decisão em si, por ser ela mesma fonte de conflitos, deve ser a última medida a ser tomada no módulo processual de conhecimento. Com efeito, o diálogo interinstitucional deve ser desenvolvido à exaustão.

Essa perspectiva, na realidade, não é exigida apenas nos processos judiciais, ela já é exigida no próprio exercício da função administrativa, pois, atualmente, já se fala de um novo horizonte em relação ao modelo gerencial do Direito Administrativo. A concepção moderna de Administração Pública abrange, indubitavelmente, o cultivo ao estilo de vida democrático, e, mesmo no desempenho da função administrativa, a democracia, por intermédio do exercício permanente do diálogo, da conciliação e do consenso, deve ser mantida como regime político dotado de legitimidade<sup>2048</sup>. Nessa perspectiva, dentro dos novos paradigmas

---

<sup>2045</sup> GODOY, Miguel Gualano. “As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 156-158, set./dez. 2015.

<sup>2046</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 529.

<sup>2047</sup> WATANABE, Kazuo. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”. *Estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes coordenadores. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

<sup>2048</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. XVII.

estatais, “não é o procedimento que modula a negociação, mas a negociação que plasma o procedimento”<sup>2049</sup>. Assim, atualmente, exige-se da Administração Pública, ao invés de posicionamentos unilaterais e conflituosos, uma postura democrática de diálogo<sup>2050</sup> e de participação dos cidadãos na tomada de decisões<sup>2051</sup>, ou seja, exige-se reciprocidade comunicativa, para romper com a autossuficiência decisória<sup>2052</sup>.

Impõe-se perceber, para finalizar este tópico, que esse diálogo institucional deve pautar-se pela essência do direito fundamental à boa administração pública<sup>2053</sup>, inclusive, nestes palcos de debate, exige-se do governo “prestar contas, informar como está sendo planejado o enfrentamento da questão, quais os meios imediatamente disponíveis, quais os resultados a serem obtidos ao longo do tempo”<sup>2054</sup>. Como a consensualidade administrativa converge para modelos de procedimentos dialógicos<sup>2055</sup> com a participação dos cidadãos<sup>2056</sup>, inclusive, pois são os maiores interessados na prestação de serviços públicos<sup>2057</sup>, não há

<sup>2049</sup> CASSESE, Sabino. *Crise do estado*. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Lancucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010, p. 143.

<sup>2050</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito, estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 141.

<sup>2051</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução de Daniel Wuncher Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35.

<sup>2052</sup> LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 100.

<sup>2053</sup> Para efeitos deste estudo, adota-se o conceito de “direito fundamental à boa administração pública” de Juarez Freitas. Para esse autor, trata-se de um somatório de direitos subjetivos públicos decorrentes da Constituição. Nessa perspectiva, o “*standard* mínimo” desse direito fundamental à boa administração pública diz respeito ao fato de que as escolhas administrativas somente serão legítimas se forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, dialogicamente motivadas, com atenção à máxima da proporcionalidade, imparciais e desviesadas, transparentes e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade. Cf. FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3ª ref. e aum. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21-23. Do mesmo autor, expondo ampla visão sobre o tema e sua correlação com as políticas públicas, Cf. FREITAS, Juarez. “As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração”. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015.

<sup>2054</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

<sup>2055</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. “Orçamento público, ajuste fiscal e administração consensual”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro – RJ, v. 19, n. 73, p. 162-181, abr./jun. 2016.

<sup>2056</sup> Conforme preleciona Egon Bockmann Moreira, é essencial à processualidade administrativa contemporânea a efetiva participação de pessoas privadas na formação de atos estatais. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros: 2010, p. 74.

<sup>2057</sup> Conforme preleciona Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, o Estado moderno mudou, e, com ele, a posição central dos cidadãos nas discussões públicas, em um ambiente de compreensão e um marco de humanização da realidade. A boa administração pública ou o bom governo, dessa forma, não tem aversão à participação real da cidadania, não se pauta por soluções abstratas e por fórmulas fechadas, que, ideologicamente, não levam em consideração os argumentos de todos os setores sociais. A boa administração pública, assim, afastando-se da tecnocracia, da suficiente e da prepotência, dispõe-se, abertamente, à comunicação, para estabelecer uma conexão real com os cidadãos e seus problemas concretos, mas sem a pretensão fechada de convencimento. O diálogo só será real, se o governo estiver disposto a ouvir. Na linha do que preleciona o citado autor, o reconhecimento dessa dimensão social dos cidadãos acarreta também a constatação de que seus interesses, suas aspirações e preocupações transcendem o âmbito individual ou familiar e se estendem a toda a sociedade. Por isso, o diálogo deve ser marcado pela flexibilidade, ou seja, sem limitações de temas, pelo menos em princípio. Essa participação popular nesses debates representa a própria chave da coesão social e da vida democrática.

qualquer impedimento para que isso ocorra na esfera judicial.

Essa questão relativa à participação nos diálogos institucionais, por meio de audiências públicas, será mais bem desenvolvida no tópico que se segue.

### 7.2.2.3 Procedimento das audiências públicas, democracia deliberativa e participação popular

Como ponto de partida deste tópico, deve-se reconhecer que o dissenso faz parte do universo das sociedades abertas contemporâneas<sup>2058</sup> e que, em um desejável ambiente de respeito e tolerância, o diálogo é o melhor caminho para sua solução<sup>2059</sup>, que pressupõe a ideia de “consenso sobreposto”<sup>2060</sup>. Nessa perspectiva, incumbe à jurisdição, como modelo renovado, abrir-se à sociedade para intermediar discursos com pretensão de correção, sejam estes promovidos por instituições representativas ou pelos cidadãos<sup>2061</sup> diretamente envolvidos no caso, como por usuários dos serviços de saúde pública de uma determinada localidade. A jurisdição, nesse sentido, agindo democraticamente, deve abrir-se ao pluralismo<sup>2062</sup>, sendo as audiências públicas, repita-se, um momento adequado para esse desiderato<sup>2063</sup>. Assegura-se, dessa forma, o direito fundamental à participação na formação da

---

Nesse sentido, Cf. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25-27 e 37-43.

<sup>2058</sup> Nesse sentido, Cf. POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol. 2. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, p. 246-247 e 267-289.

<sup>2059</sup> Observe-se que, no âmbito das teorias mais arrojadas acerca de uma concepção adequada de direitos humanos, critica-se uma visão de mundo imposta pelo Ocidente ao Oriente. Nesse contexto, conforme preleciona Joaquim Herrera Flores, são premissas do multiculturalismo crítico a “racionalidade de resistência” e o “diálogo cultural”. A racionalidade de resistência vai de encontro à racionalidade formal do universalismo *a priori*, que não valoriza a prática social como parte integrante da experiência jurídica dos direitos humanos, e, por outro lado, questiona a racionalidade material localista, que prioristicamente se fecha à tendência universalista. A visão complexa dos direitos humanos, diferentemente da concepção abstrata e localista, procura ver o mundo a partir da periferia, e não do centro. O olhar a partir do centro tende a ser excludente e reducionista. O universal, nesse contexto, deve ser visto como ponto de chegada, e não de partida, tendo como pressupostos o diálogo e a convivência intercultural. Cada cultura, nesse contexto, deve reconhecer não apenas sua *incompletude*, mas a necessidade de abertura ao diálogo intercultural, que não implica uniformização de valores culturais homogêneos. Deve-se buscar, portanto, a completude cultural. Cf. FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 156-162. Para uma concepção similar, Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. “Uma concepção multicultural de direitos humanos”. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.

<sup>2060</sup> Para John Rawls, nas democracias constitucionais, diante do pluralismo de doutrinas razoáveis, a sociedade deve organizar-se acerca de princípios e direitos de moralidade política a partir da ideia de “consenso sobreposto”. Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 157-203.

<sup>2061</sup> Sobre a ideia de que o direito à participação nos assuntos públicos também é um componente de legitimação democrática das sociedades abertas, Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186.

<sup>2062</sup> HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013, p. 63.

<sup>2063</sup> No sentido do texto, afirmando que o Judiciário é partícipe ativo da democracia, a fim de assegurar a “intervenção dos cidadãos, individual ou organizadamente, nos procedimentos de tomada de decisões político-

decisão, consensual ou adjudicatória<sup>2064</sup>.

Observe-se que a realização de audiências públicas, além de substancialmente legitimar as decisões estatais, por ser um elemento relevante de democracia deliberativa<sup>2065</sup>, contribui para o aperfeiçoamento da cidadania e do espírito de controle republicano<sup>2066</sup>, pois, paulatinamente, o cidadão passará a ter mais consciência em relação aos problemas da comunidade onde se insere, assumindo também a responsabilidade e o compromisso pela implantação dos resultados alcançados<sup>2067</sup>. Nessas audiências, o juiz deve ter um papel fundamental no sentido de evitar um monólogo, como se o governo, no caso das demandas por melhoria nos serviços de saúde pública, já viesse com uma solução preestabelecida. Essas audiências, portanto, “têm potencial para fazer surgir objeções que não foram consideradas ao longo do processo e, com isso, agregar perspectivas antes silenciadas ou relegadas à periferia”<sup>2068</sup>. Ao juiz, dessa forma, recairá o papel de viabilizar o diálogo entre o governo e a sociedade rumo a uma solução que, atendendo à noção de interesse público, seja fática e juridicamente viável, inclusive possibilitando às partes a comprovação de suas alegações<sup>2069</sup>.

É essencial, para esta tese, compreender, com base na lição de Victor Abramovich<sup>2070</sup>, que, atualmente, a jurisdição estatal, em complementação a outros canais institucionais próprios do jogo democrático, pode perfeitamente criar novos espaços processuais de

administrativas”, Cf. FACCHINI NETO, Eugênio. “O poder judiciário no mundo contemporâneo”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXIV, n. 108, p. 154, dez. 2007.

<sup>2064</sup> ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014, p. 124-132.

<sup>2065</sup> É sempre bom lembrar que, não obstante existam diversas versões e definições de “democracia deliberativa”, os seus conceitos compartilham sempre duas ideias, sendo a primeira delas no sentido de que todos os potenciais destinatários das decisões coletivas destas devem ter oportunidade de participação, ainda que por intermédio de representantes, e a segunda relativa ao fato de que a tomada das decisões deve ser o resultado de um intercâmbio de argumentos entre os participantes que, durante os debates, devem respeitar critérios de imparcialidade e de racionalidade. Por todos, Cf. HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995.

<sup>2066</sup> As audiências públicas, nesse contexto, integram o complexo de meios republicanos de controle das ações do governo. São várias formas de controle, atualmente. Por exemplo, já se fala em “cidadania digital”, expressão que se refere ao novo perfil social e político da sociedade civil brasileira, considerando a influência do uso de tecnologias digitais na inter-relação com o Estado, principalmente visando a implementar e monitorar políticas públicas de interesse coletivo. Nesse sentido, ilustrativamente, Cf. SOUZA, Luciana Cristina de. “Contribuição das práticas de E-cidadania para a formulação, implementação e monitoramento das políticas públicas”. *RDU*, Porto Alegre, vol. 13, n. 74, p. 187-202, mar./abr. 2017.

<sup>2067</sup> ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania. “Democracia deliberativa e construção de consenso”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 210-228.

<sup>2068</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 541.

<sup>2069</sup> CABRAL, Antonio do Passo. “Os efeitos processuais da audiência pública”. *RDE – Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro – RJ, Renovar, ano 1, n. 2, p. 199-213, abr./jun. 2006.

<sup>2070</sup> ABRAMOVICH, Victor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación em la esfera política”. *Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rodrigo Garcia Schwartz organizador. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 29-52.

participação dos cidadãos nos debates sobre políticas públicas<sup>2071</sup>. Esses novos espaços surgem exatamente pelo desequilíbrio entre os serviços prestados pelas instâncias políticas tradicionais e as necessidades sociais, quando a jurisdição surge como forma de buscar democraticamente o reequilíbrio, promovendo o diálogo entre os envolvidos. A função do juiz, nesse primeiro momento, é assegurar o direito à participação nos debates, viabilizando maior comunicação entre a sociedade e o governo, e orientá-los, diante dos fatos, em perspectiva essencialmente jurídica, para, mediante solução de consenso, sensibilizar a esfera política acerca da necessidade de medida que, concretamente, pode melhorar a universalização de políticas públicas.

Na democracia, portanto, as instituições devem estar abertas ao diálogo e à reflexão crítica por parte da sociedade<sup>2072</sup>, especialmente em tempos de pluralismo jurídico e de direito flexível pós-moderno<sup>2073</sup>. Assim, como forma de dignificar a racionalidade emancipatória dos direitos sociais, especialmente o direito a prestações de saúde pública, não custa insistir, impõe-se revitalizar o diálogo do Poder Judiciário com as outras instituições e com a própria sociedade, tornando o processo, inclusive pela realização dessas audiências públicas, um instrumento de diálogo, participação, tutela dos direitos e de transformação da realidade, afinal, nas demandas por melhorias em políticas públicas, uma das causas de aumento da litigiosidade é exatamente a falta ou a debilidade na comunicação entre as instituições envolvidas acerca de suas expectativas processuais<sup>2074, 2075</sup>.

---

<sup>2071</sup> Sobre a participação direta dos cidadãos na definição, formulação e implementação de políticas públicas, Cf. FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 147.

<sup>2072</sup> MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38.

<sup>2073</sup> Acerca do direito flexível como característica da pós-modernidade, Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 569-572.

<sup>2074</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Fundamentos do processo estrutural”. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização de Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende e Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 13-14.

<sup>2075</sup> A jurisdição da atualidade deve ser consciente da insuficiência do processo como método absoluto de descoberta da verdade e da falência do Estado paternalista como modelo de sociedade justa. Modernamente, a jurisdição deve ser consciente dos seus limites, que são impostos pela autonomia do Direito, dentre os quais há a proibição de imprevisível ativismo judicial que tenha como premissa não apenas a direção formal do processo, mas a direção substancial, sem reservar espaço significativo para a atuação das partes e da própria sociedade. O modelo atual de juiz, em outras palavras, não é nem liberal (individual-privatista) nem social (público-comunitarista), é participativo ou simétrico (deliberativo-procedimental), no sentido de que o juiz exerce poder-dever ao lado das partes e em cooperação. Neste modelo, que estimula a realização de atos processuais como as audiências públicas, valorizam-se o contraditório e a democracia participativa, inclusive para além dos representantes institucionais (“demodiversidade”), com ampliação da cidadania. Afinal, na democracia, para que esta palavra seja vista em sua essência, e não como mero instrumento de discurso formal, deve-se sempre incentivar a participação popular. Nesse sentido, Cf. ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014, p. 115-120.

Mas, se a questão restou judicializada, e a perspectiva adequada é no sentido de que a solução seja consensual<sup>2076</sup>, como nas questões tratadas neste trabalho, impõe-se afastar entendimentos que proponham burocratização procedimental, engessando a atuação do juiz. Este, como interlocutor social democrático, deve ter certa liberdade na condução do processo. Formalismos burocráticos, portanto, devem ser afastados, para que o foco seja a solução prospectiva do litígio, da questão de fundo, ou seja, das peculiaridades da crise de direito material sob apreciação, e, nesse sentido, impõe-se simplificar o procedimento, rompendo com a ideia de tipicidade, e estimular uma visão participativa, permitindo ao juiz adaptá-lo à realidade do caso<sup>2077</sup>.

Se há verdadeira preocupação com a eficiência, é certo que o sistema judicial deve afastar-se de posições extremadas, ou seja, daquelas que optam, de maneira exclusiva, por procedimentos formais burocráticos ou por procedimentos que viabilizam soluções prontas e eficazes, mas sem o tempo reflexivo necessário para uma cognição adequada. Um sistema judicial eficiente, por exemplo, estimula e aperfeiçoa métodos alternativos à jurisdição como meio de solução de conflitos, rompendo, a partir do “modelo multiportas”<sup>2078</sup>, com a cultura da judicialização, que constitui uma herança de regimes autoritários, em que a sociedade permanece sempre refém de soluções estatais<sup>2079</sup>.

Nos EUA e na Inglaterra, por exemplo, países democráticos, são incentivadas alternativas à jurisdição estatal em suas formas de resolução de conflitos. O mesmo modelo ocorre em países igualmente democráticos da Europa<sup>2080</sup>, a exemplo da França e da Itália<sup>2081</sup>. O CPC/2015, na linha do que já preconizava a Resolução n° 125 do CNJ, procurou consolidar essa tendência, trazendo a sociedade para os debates realizados na busca de solução de

<sup>2076</sup> BERIZONCE, Roberto Omar; VERBIC, Francisco. “Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 56, p. 120, set./out. 2013.

<sup>2077</sup> ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu de. “Procedimento, formalismo e burocracia”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 1, p. 120-125, jan./mar. 2001.

<sup>2078</sup> SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de soluções de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, p. 37.

<sup>2079</sup> ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu de. “Procedimento, formalismo e burocracia”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 1, p. 114-115, jan.-mar. 2001.

<sup>2080</sup> STÖBER, Michael. “Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas”. Tradução de Antonio do Passo Cabral e Leticia Studzinski. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 244, p. 361-380, jun. 2015.

<sup>2081</sup> Para Michele Taruffo, apesar de a Itália nunca ter tido uma cultura de conciliação, o legislador tem incentivado a utilização dos métodos alternativos à jurisdição estatal de solução de conflitos, passando, simbolicamente, aos cidadãos a mensagem de que o processo judicial não tem funcionado eficientemente. Cf. TARUFFO, Michele. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 86-87, mar. 2009. Sugerindo a adoção das ADR na Itália, Cf. CHIARLONI, Sergio. “Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 228, p. 325-338, fev. 2014; VIGORITI, Vincenzo. “Ancora a proposito della superabile crisi del processo civile”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 353-359, out. 2012.

conflitos, conforme se observa no art. 3º e em toda seção dedicada aos conciliadores e mediadores. A busca pela solução consensual é tão valorizada pelo CPC, que a tentativa de conciliação, por intermédio de audiência específica, é praticamente obrigatória, pois somente não ocorrerá, se as duas partes manifestarem-se expressamente nesse sentido (art. 334). Valoriza-se também, no caso, a oralidade, e não há qualquer empecilho quanto à aplicabilidade dessa sistemática à Fazenda Pública, pois o princípio da indisponibilidade do interesse público não impede a ocorrência de conciliação<sup>2082</sup>.

Não custa ressaltar, todavia, que a audiência pública de democratização do processo a qual se propõe neste estudo não é a mesma a que se refere o art. 334 do CPC/2015. Trata-se de audiência em que, por exemplo, as esferas de governo, republicanamente, terão a oportunidade de demonstrar o acerto e a suficiência da sua política pública de saúde. Essa audiência pública, portanto, é mais ampla e decorre de uma interpretação sistemática da ordem jurídica, a partir da cultura de pacificação social, no sentido de permitir a participação da sociedade e de seus representantes em processos judiciais, para garantir, ao final, a governabilidade democrática, sem prejuízo da tutela coletiva de direitos. Em outras palavras, a democratização procedimental que se defende nesta tese, viabilizada por audiências públicas, tem como foco uma mudança de postura do juiz, tradicionalmente vinculado ao trabalho em seu gabinete e nas salas de audiência do fórum, instigando-o a solicitar a participação formal de *amicus curiae* e de populares interessados, tornando a ocasião propícia para soluções estruturais da sociedade<sup>2083</sup>.

De forma específica, a audiência pública imaginada neste estudo, embora realizada normalmente no primeiro grau, é similar às previstas no CPC/2015 para o IRDR (art. 983, §

---

<sup>2082</sup> Exige-se, todavia, o preenchimento de determinadas condições, a exemplo de prévia autorização legislativa (art. 37 da CF) e ato normativo específico dos entes federativos, com o estabelecimento de determinados critérios objetivos, para permitir eventual controle posterior. Ilustrativamente, preveem, de forma geral, essa autorização o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 10.259/2001 e o art. 8º da Lei nº 12.153/2009. De igual modo, exemplificam hipóteses normativas de autorização de solução consensual pela Fazenda Pública, inclusive em processos judiciais, os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.469/1997. Digna de nota é a Lei nº 13.140/2015, que disciplina a possibilidade de solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Se não há essa autorização, que deve ser informada pelo advogado público com base no dever de boa-fé (art. 5º do CPC/2015), a audiência, em princípio, não deve ser marcada, por incidência do art. 334, § 4º, II, evitando-se, naturalmente, a realização de atos processuais desnecessários e infrutíferos. Observe-se que, se for o caso de litisconsórcio unitário, a audiência deve ser mesmo cancelada, pois a solução deve ser uniforme, mas, em outras modalidades litisconsorciais, permanece a possibilidade de apreciação judicial quanto à realização da audiência. Se esta vier a ocorrer, a Fazenda Pública pode deixar de comparecer, uma vez que não possui autorização para negociar, sem que se fale em incidência da multa prevista no art. 334, § 8º. Como se percebe, ainda há margem de apreciação judicial, motivo pelo qual a melhor solução, para que não ocorram dúvidas, é a realização de protocolos institucionais entre os entes públicos e o Poder Judiciário. Nesse sentido, “as Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgão de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar a autocomposição” (Enunciado nº 573 do FPPC).

<sup>2083</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 388.

1º), o julgamento dos recursos especial e/ou extraordinário repetitivos (art. 1.038, II) e a possibilidade de alteração, pelo tribunal, de tese adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos (art. 927, § 2º). Nesses casos, a audiência pública não é condição de validade do procedimento, mas tem a aptidão para agregar mais legitimidade à decisão, que presumivelmente tem relevância e repercussão coletiva.

Sendo assim, para assegurar a maior possibilidade de participação de pessoas potencialmente atingidas, embora formalmente estranhas ao processo, deve-se dar a mais ampla publicidade à sessão, seja pelos canais oficiais, seja pelos instrumentos populares de comunicação (redes sociais, editais, divulgação em jornais de grande circulação etc.), com informações procedimentais a respeito (data, local, tema específico de debate, prazo e requisitos para a inscrição, tempo de fala, recursos disponíveis para a viabilização do debate, ordem de exposição etc.). Nesse contexto, certamente, o ideal é a fixação de critérios objetivos, para se permitir o controle por eventual prejudicado, potencializando, desse modo, o exercício adequado da cidadania<sup>2084</sup>.

Devem-se utilizar, por analogia, os critérios exigidos na Resolução n° 82/2012 do CNMP. Nessa perspectiva, as audiências públicas serão realizadas na forma de reuniões organizadas com a finalidade de obter melhores informações, junto à sociedade e ao Poder Público, acerca do problema em debate, para solucioná-lo de forma consensual, preferencialmente, ou por meio de decisão judicial.

Impõe-se perceber, nessa perspectiva, que, nas questões envolvendo o direito a prestações de saúde pública, apesar da cooperação e da gestão compartilhada entre os entes federativos, estes, inclusive, devem ter uma postura de diálogo, a fim de não sobrecarregar o Município, entidade federativa que notoriamente dispõe de menos recursos<sup>2085</sup>, funcionando o juiz como interlocutor da solução que melhor atenda ao interesse público. Em outros termos, apesar da existência de solidariedade entre os entes federativos, se ainda não estiver participando do processo, a União deverá ser convocada a fazer parte dessa audiência pública, já que detém maior capacidade econômica. Se houver solução consensual, após a realização das audiências, o cumprimento desse acordo deve ser monitorado pelos órgãos do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, sem que esse fato implique modificação de competência.

---

<sup>2084</sup> *Idem*, p. 343-346.

<sup>2085</sup> WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. “Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa”. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.

Sob outro ponto de vista prático, é certo que o ideal, para se garantir a adequação do contraditório, é que a participação nas audiências públicas seja por representantes dos legítimos interesses relacionados ao processo. Essa perspectiva, entretanto, não impede que também participem dessas audiências alguns cidadãos selecionados mediante critérios objetivos fixados previamente. Deve-se ter o cuidado, na realidade, com o planejamento das audiências, de modo a tornar viáveis a discussão e o debate sobre o que pode ser melhorado em termos de universalidade nas prestações de saúde pública.

Observe-se que essas reuniões serão abertas a qualquer cidadão diretamente interessado, embora, para não haver tumulto, com a fixação de critérios objetivos de participação, estes devam ser publicados previamente. É inegável que devem ser criados todos os meios, para que essa participação não seja meramente formal e simbólica, mas sim com capacidade concreta de influência no processo decisório, de modo que se impõe “levar a participação popular a sério”, sem que a jurisdição, no legítimo diálogo<sup>2086</sup>, coloque-se em posição de superioridade, com discurso e postura de supremacia interpretativa e “última palavra”<sup>2087</sup>.

Ademais, o Poder Judiciário, tendo em vista a natureza consultiva dessas audiências<sup>2088</sup>, poderá, além de provocar o *amicus curiae*, receber auxílio de entidades públicas, mediante termo de cooperação ou termo específico, com a devida prestação de contas. Logo, as partes e os *amici curiae* poderão indicar peritos, além de estudiosos do tema e juristas, a serem inquiridos após os peritos, por período de tempo a ser fixado oportunamente, conforme o número de inscritos.

Desse modo, essas audiências serão procedidas da expedição de edital de convocação, devidamente divulgado perante a comunidade interessada, constando, no mínimo, a data, o

---

<sup>2086</sup> O juiz dialógico não se considera superior às partes, nessa perspectiva, sabe escutar. Observe-se que dialogar é algo além de meramente “ouvir”, pois significa “escutar”. Enquanto ouvir é a manifestação do sentido da audição, escutar, como ato de sentimento, é compreender, sentir as palavras, perceber o que está sendo dito, ou seja, escutar significa trazer o que a audição apreende para o entendimento do que também falam o olhar e os gestos. Escutar, no diálogo, exige atenção, não apenas como regra básica de educação e respeito, mas no sincero desejo de adquirir conhecimentos, para participar efetivamente do contexto do diálogo, valorizando-o.

<sup>2087</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 170-171 e 173-174.

<sup>2088</sup> É natural que as deliberações sobre opiniões, sugestões, críticas ou informações emitidas nessas audiências públicas, em decorrência destas, terão caráter meramente consultivo e não-vinculante, destinando-se, além do zelo pelo princípio da eficiência administrativa e pela garantia de participação popular na condução dos interesses públicos, a subsidiar, repita-se, a melhor solução do caso, que é aquela que preserva a governabilidade democrática sem prejuízo da tutela adequada da saúde pública com garantia de universalidade na prestação dos bens e serviços. É inegável, nesse contexto, que, apesar dessa ausência de vinculatividade, não basta apenas assegurar a participação e o direito de protesto dos cidadãos, é preciso que os juízes, de fato, considerem as reivindicações no momento da condução dessas audiências e, se for o caso, quando da prolação da decisão. Nesse sentido, Cf. GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168.

horário e o local da reunião, bem como o objetivo e a forma de cadastramento dos expositores, além do modo de participação dos presentes. Essa divulgação não prescindirá da publicação no Diário Oficial do Estado e no sítio eletrônico, bem como da afixação na sede da unidade do Poder Judiciário, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis. Da audiência, será lavrada ata circunstanciada, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar de sua realização, a qual será encaminhada, junto com seu extrato, à Presidência do Tribunal, para conhecimento e eventual encaminhamento de outras políticas junto a outros órgãos públicos, além de afixada na sede da unidade e publicada no sítio eletrônico do respectivo tribunal, assegurando-se aos inscritos e participantes a comunicação por meio eletrônico, no respectivo endereço cadastrado.

A realização dessas audiências públicas, com a possibilidade de participação popular em um processo cooperativo de interpretação, está em contexto de aperfeiçoamento da democracia deliberativa na esfera judicial<sup>2089</sup>. As ideias de “razão pública”, de John Rawls<sup>2090</sup>, e de “esfera pública”, de Jürgen Habermas, ainda que sejam bases de concepções meramente procedimentais de justiça<sup>2091</sup>, devem aqui servir de inspiração, mas, repita-se, com ênfase na democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas<sup>2092</sup>. Não se espera em todos os casos, naturalmente, a formação de um consenso, mas uma relação pautada pelo respeito entre os envolvidos, uma vez que presumivelmente apresentarão argumentos aceitáveis politicamente<sup>2093</sup>.

A premissa, no contexto desta pesquisa, deve ser uma teoria democrática que confere a todos o mesmo valor. Nesse aspecto, redimensionando o valor da igualdade e o respeito à cidadania ativa, impõe-se difundir a ideia de que todas as pessoas possuem a mesma

---

<sup>2089</sup> É que, como corretamente entende Roberto Basílone Leite, “o processo de resolução dos problemas deve ser implementado pela via democrática deliberativa, impulsionado por mecanismos políticos, jurídicos e sociais que não apenas permitam mas estimulem e persuadam os cidadãos a participar do processo comunicativo normativo de modo racional, argumentativo e livre, expondo e sustentando suas opiniões e propostas divergentes. Esse é o único caminho que pode levar às respostas corretas e às soluções capazes de dar concretude ao projeto de construção de uma sociedade justa”. Cf. LEITE, Roberto Basílone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, p. 261.

<sup>2090</sup> Para aprofundar as ideias mais recentes de John Rawls acerca da “razão pública” e seu vínculo com os mais profundos valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com seus cidadãos e a relação destes entre si, Cf. RAWLS, John. “A ideia de razão pública revisitada”. Tradução do capítulo de Luís Carlos Borges. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 519-583. Para um resumo na doutrina brasileira, Cf. COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Loyola, 2014, p. 173-197.

<sup>2091</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “A justiça como procedimento”. *Dimensões políticas da justiça*. Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimaraes e Holoísa Starling organizadores. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 105-115.

<sup>2092</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 154-203.

<sup>2093</sup> FÁRIA, Cláudia Feres. “Democracia deliberativa e justiça”. *Dimensões políticas da justiça*. Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimaraes e Holoísa Starling organizadores. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 133-140.

dignidade e valor moral, inclusive para ter o direito de interferir nas discussões e decisões públicas sobre os destinos de sua comunidade, complementando, assim, o sistema político representativo<sup>2094</sup>. Este, por sinal, é muito sensível à pressão e tende a privilegiar certos grupos, afetando sua imparcialidade e o seu caráter efetivamente majoritário. Por isso, outros canais de deliberação revelam-se extremamente importantes para um adequado arranjo social<sup>2095</sup>.

Na realidade, como a democracia exige participação, organização e ação política, as audiências públicas apresentam-se como forma real do exercício de cidadania e democracia participativa. Impõe-se perceber, contudo, que a democracia não pode ser uma abstração<sup>2096</sup>, uma fórmula oca ou um recurso da demagogia, de modo que, nesse processo de participação popular, encontra-se ultrapassada a imagem simbólica de um povo uno e homogêneo, desconectada de uma visão realista da sociedade<sup>2097</sup>. As audiências públicas, dessa forma, devem considerar o povo e seus problemas concretos<sup>2098</sup>, proporcionando o fortalecimento de uma nova cultura política<sup>2099</sup>, fundada na “participação de base”<sup>2100</sup>, canalizando vozes ventiladas na esfera pública informal<sup>2101</sup>, no “vínculo entre o princípio da gestão democrática e o direito do cidadão à informação”<sup>2102</sup> e na “redefinição de cidadania”, para configurá-la,

<sup>2094</sup> FRASER, Nancy. “Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural”. César Augusto Baldi organizador. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 601-621.

<sup>2095</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 169-170.

<sup>2096</sup> RUBIO, David Sanchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 120-121.

<sup>2097</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *O povo e o poder*. 2. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 92-99.

<sup>2098</sup> Nesse sentido, Cf. MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 37-43.

<sup>2099</sup> A doutrina chama a atenção para o fato de que, em litígios de interesse público, a participação no processo não pode ser restrita às partes. Ademais, a participação popular deve ser direta, ou seja, sem a intermediação de advogado. Nesse sentido, Cf. STURM, Susan. “A normative theory of public law remedies”. *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1394, jun. 1991.

<sup>2100</sup> Parte da doutrina tem chamado a atenção para o fato de que os juízes, diante de um cenário de apatia social, descrença nas instituições e falta de interesse dos indivíduos — que não fazem parte das minorias elitistas — em aprender a participar da democracia, têm a missão incentivar a cidadania por meio de linguagem que fomente a integração social. Assim, não basta convocar o povo para participar das audiências públicas. É preciso conquistá-lo, no sentido da importância dessa participação. Nesse sentido, Cf. RAMOS, Frederico Augusto Blanco. “As audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da democracia participativa”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 184-186.

<sup>2101</sup> MENDES, Conrado Hübner. “O projeto de uma corte deliberativa”. *Jurisdição constitucional no Brasil*. Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paulo Gorzoni e Rodrigo Pagani de Souza organizadores. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61-62.

<sup>2102</sup> ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania. “Democracia deliberativa e construção de consenso”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 221.

criticamente, como conquista, construção, exercício cotidiano e prática social<sup>2103, 2104</sup>.

Sendo assim, as audiências públicas, na mesma linha dos orçamentos participativos e dos conselhos deliberativos (governança participativa), têm a função de aperfeiçoar os argumentos que serão utilizados no processo decisório, acarretando, de um lado, maior engajamento cívico, com reflexos no aprendizado público, e, de outro, elevado senso de responsabilização de quem vai decidir, com inegáveis ganhos em termos de transparência e legitimidade das decisões. No caso em estudo, é certo que esses reflexos incidem, quanto ao resultado do processo, mais como um mecanismo de controle social sobre a alocação e a aplicação das verbas públicas de saúde. Nessa perspectiva, as audiências devem ser subdivididas em, pelos menos, duas sessões. Na primeira, o governo deve apresentar aos cidadãos e entidades partícipes do processo, de forma clara e precisa, informações técnicas e financeiras que servirão de base às decisões. Na sessão seguinte, após esses dados, iniciar-se-á o efetivo processo de convencimento e diálogo interinstitucional acerca da melhor solução a ser adotada. Trata-se, inegavelmente, de uma reinvenção do diálogo judicial, agora aberto à sociedade, por promover uma política de deliberação pública e uma cultura de luta por direitos. Todo esse procedimento, não custa dizer, envolve a busca de uma solução factível e operacional, com o fim de universalizar uma melhoria na prestação dos serviços de saúde<sup>2105</sup>.

Impõe-se perceber, ademais, que, além da vocação para a abertura democrática e a preparação quanto ao direito material envolvido, revela-se fundamental preparar o juiz para a condução dessas audiências públicas<sup>2106</sup>. Nessa perspectiva, ciente da complexidade do caso, a sua postura deve ser similar à que se exige de um “mediador”, no sentido de facilitar a

---

<sup>2103</sup> Observe-se que os fundamentos do Estado de Direito, quando atrelados à perspectiva do espaço público democrático, significam a possibilidade de um alto grau de desenvolvimento social, permitindo-se que todos os cidadãos tenham capacidade de decisão política comunitária, assim como de igual modo acerca de suas próprias concepções de vida digna, sem a ocorrência abusiva e castradora de interferências governamentais e do próprio Poder Judiciário. Trata-se, enfim, de esforço de legitimação da resistência, especialmente em uma cultura tradicionalmente autoritária, centralizadora e excludente, como é o caso da brasileira. É preciso, pois, reordenar os espaços comunitários, inclusive na esfera judicial, para a construção de uma verdadeira cidadania aliada ao desenvolvimento de uma democracia efetivamente participativa e inclusiva. Nesse sentido, Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. “Do paradigma político da representação à democracia participativa”. *Sequência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, v. 22, n. 42, p. 83-95, 2001.

<sup>2104</sup> É certo que a abertura de espaços discursivos às múltiplas vozes torna o serviço mais trabalhoso e mais complicado de se administrar, tornando a questão mais complexa. Mas, em contrapartida, é um procedimento mais democrático, exigindo de todos uma nova cultura política, que valoriza o diálogo e a participação, sem prejuízo da transparência do poder e do aumento do compromisso público com a cidadania, humanizando a política. Nesse sentido, Cf. BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3. ed. mod. e aum. São Paulo: Atlas, 2014, p. 237 e 245.

<sup>2105</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120-131.

<sup>2106</sup> No sentido de que o juiz deve se preparar, com antecedência, para a condução das audiências em geral, sob pena de caracterização de prática processual abusiva, Cf. FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT, 2017, p. 334-340.

comunicação entre as partes, sem pressioná-las por conta das possíveis consequências de seu eventual e iminente julgamento. Nesse sentido, o juiz deve ser prudente e paciente. O seu trabalho deve ser artesanal, empreendido com base no diálogo e na cooperação de todos os envolvidos, estudando o caso com o tempo necessário e, ressalvada a situação de tutela de urgência, sem pressão para o julgamento, pois, somente assim, a resolução será equânime, boa para a sociedade e prestigiará o planejamento administrativo.

É claro que, em determinados momentos, a conduta do juiz poderá ser mais ativa, como a de um “conciliador”, sugerindo soluções e dialogando abertamente a respeito, mas o objetivo final sempre será uma medida de consenso, a qual, não custa repetir, estará atenta às necessidades da coletividade e às competências administrativas. A solução, portanto, deve ser satisfatória para ambas as partes, e a solução adjudicatória será sempre o último recurso a ser utilizado<sup>2107</sup>, o que deverá ser observado pelos órgãos judiciários de controle (corregedorias e CNJ).

### 7.3 FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NA FASE DE EXECUÇÃO: PERSPETIVAS DEMOCRÁTICAS DIANTE DE UM PROCESSO COLETIVO-ESTRUTURAL

Se a solução consensual não for possível no caso concreto, revelar-se-á oportuna a decisão em cognição exauriente, repita-se, como medida excepcional<sup>2108</sup>, porém necessária, por conta da natureza coercitiva do Direito<sup>2109</sup>. Afinal, obedecer à Constituição, em um

<sup>2107</sup> A atuação da jurisdição deve ser subsidiária, ou seja, só deve ocorrer, especialmente em litígios complexos e em situações não revestidas de urgência, quando não houver outra maneira de resolver o conflito. Nessa perspectiva, conforme preleciona Loïc Cadiet, “devem ter sido esgotadas todas as vias de diálogo mútuo antes de solicitar-se a intervenção da terceira palavra de um juiz. É um dever cívico e uma responsabilidade social”. Cf. CADIENT, Loïc. “A justiça civil francesa entre eficiência e garantias”. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. Tradutores Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: RT, 2017, p. 40.

<sup>2108</sup> TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. “Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas”. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, ano 23, n. 92, p. 132, out./dez. 2015.

<sup>2109</sup> No sentido de que é o caráter coercitivo do Direito que o torna eficaz na prática jurídica, Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 56-60. Ainda sobre caráter coativo do sistema jurídico, ilustrativamente, Cf. SCHAUER, Frederick. “The best laid plans”. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 120, p. 586-621, 2010; NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 102-105. Na doutrina brasileira, por todos, Cf. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 74; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013, p. 138. Joseph Raz coloca em dúvida se a coatividade é realmente uma condição necessária do sistema jurídico, ou decorre logicamente do Direito. Em sua visão, embora “humanamente impossível”, é “logicamente possível” haver um sistema jurídico que não contenha sanções, ou que não autorize

ambiente democrático, não é comportamento que depende exclusivamente de juízo discricionário do governante<sup>2110</sup>. Assim, se os parâmetros de racionalidade decisória estão presentes, impõe-se à jurisdição efetivar, no contexto do caso, o direito fundamental a prestações de saúde pública.

Mas, compreenda-se que a solução adjudicatória ou por intermédio de decisão judicial, para este estudo, só se justifica nas situações em que o diálogo prévio possa comprometer a efetiva tutela do direito<sup>2111</sup>, a exemplo das situações de extrema urgência. Nas demais, tendo em conta a premissa de que é mínima a competência judicial de intervenção no SUS<sup>2112</sup>, devem ser previamente prestigiados o debate, a participação e as tentativas de solução consensual, atuando o juiz, não como protagonista, mas como interlocutor social e democrático. Logo, quando não for possível uma solução razoável pelo diálogo, restará, para solucionar o conflito, a decisão judicial, que deve observar os parâmetros difusamente apresentados nesta tese.

Como já mencionado, dentre as diretrizes estabelecidas pela Recomendação n° 31/2010, do CNJ, resultante da audiência pública n° 4 do STF, observa-se que os juízes devem evitar autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, salvo as exceções previstas em lei. Recomenda-se, ainda, que os juízes ouçam o gestor público, preferencialmente por meio eletrônico, antes da concessão da medida de urgência. De igual modo, recomenda-se que os juízes verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes da medida judicial fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento. Ademais, quanto à concessão de medida individual, recomenda-se a inscrição do beneficiário no respectivo programa de política pública, se esta já existir. Finalmente, antes de proferir o julgamento, o juiz deve sair do seu gabinete, para visitar os órgãos administrativos de saúde pública, a fim de ter maior contato com a realidade do problema<sup>2113</sup>.

---

o cumprimento delas por meio de força. Cf. RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 156-157.

<sup>2110</sup> SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 92 e 168.

<sup>2111</sup> ABRAMOVICH, Victor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación em la esfera política”. *Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rodrigo Garcia Schwartz organizador. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 35.

<sup>2112</sup> NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 67.

<sup>2113</sup> O juiz contemporâneo, não custa enfatizar, não é um “juiz de gabinete”. Se, antes, a ordem era que os juízes só falassem nos autos e se isolassem, para manter não só a imparcialidade, mas também as aparências, agora precisam se abrir para a sociedade, por exemplo, recebendo as partes, comunicando-se eticamente com a imprensa e buscando entender o que está em jogo nos processos.

De uma maneira geral, como mencionado neste trabalho, a jurisprudência dominante do STF sinaliza no sentido de que: a) devem ser observados os protocolos terapêuticos relativos ao fornecimento de medicamentos e prestações de saúde pública; b) o direito à saúde é coletivo, mas também individual; c) há solidariedade entre os três entes federativos, decorrente de competências constitucionais comuns<sup>2114</sup>; d) há presunção relativa em favor dos tratamentos oferecidos pelo SUS, pois eles se baseiam na medicina fundada em evidências; e) como o registro dos medicamentos na ANVISA é fundamental, há verdadeira impossibilidade de condenação da Administração Pública ao fornecimento de tratamentos experimentais<sup>2115</sup>.

No incidente de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do STF (STA 175 AgR/CE-STF), da relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, cujo voto restou acompanhado à unanimidade pelos demais Ministros da Corte, assentou-se que: a) o fornecimento de medicamentos obrigatórios é de responsabilidade solidária entre os entes federativos (art. 23, II, da CF e ao art. 7º, XI, da Lei nº 8.080/1990); b) no caso em julgamento não há qualquer violação ao princípio da separação de poderes, por ser franqueado ao Poder Judiciário garantir o direito à saúde, por intermédio de fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida de determinado paciente. Em seu voto, o relator lembrou a tese consagrada no julgamento da ADPF 45/2004, no sentido de que há legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada a hipótese de injustificável inércia estatal ou abusividade governamental; c) considerando o caso em julgamento, não há invasão de competência administrativa da União ou de desordem em sua esfera, inclusive pelo fato de que, quanto ao desenvolvimento prático dessa responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos; d) por conta dos argumentos anteriores, não há grave lesão à economia e à saúde públicas. Impõe-se ressaltar que, neste caso, foi determinado à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem à jovem portadora de patologia denominada *Niemann-Pick* tipo C certo tipo de medicamento

---

<sup>2114</sup> Neste caso, talvez o critério correto fosse o seguinte: a) se não há dúvidas quanto à competência do ente federativo responsável por fornecer o fármaco, ou realizar o procedimento médico, dele seria a responsabilidade exclusiva para cumprir o comando judicial; b) se há dúvidas quanto à responsabilidade, impõe-se a condenação solidária entre os entes federativos. Como o STF, todavia, não tem precedente acerca desta distinção, incumbe ao juiz sempre acolher a responsabilidade solidária, de modo que o polo passivo da demanda judicial poderá ser composto por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente.

<sup>2115</sup> CUEVA, Ricardo Villas Boas. “Parâmetros para a judicialização do direito à saúde”. *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Estudos em homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Claudio Lembo, Mônica Herman Caggiano e Manoel Carlos de Almeida Neto coordenadores. São Paulo: RT, 2015, p. 514.

que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas a família da jovem não possuía condições para custear.

Já se viu que o paradigma hodierno do mínimo existencial não possui condições de objetividade para o deferimento de medidas judiciais. Propôs-se, nesta tese, uma alternativa a esse modelo, agora qualificado pela ideia de “bipolaridade objetiva”, que, de forma resumida, orienta o deferimento da medida judicial, quando se verificar, mediante elementos probatórios mínimos, que: a) o jurisdicionado sofrerá dano irreversível ou de difícil reparação em sua saúde, caso a medida seja negada; b) se for procedente a medida pleiteada, a sua concretização acarrete “significativa melhora na qualidade de vida” dos jurisdicionados, o que normalmente é aferido no caso de doenças raras, crônicas ou genéticas. A tutela individual, nesse sentido, fica reservada para casos extremos.

Se, no pedido de tutela antecipada satisfativa individual, a interpretação deve ser restritiva, na sentença coletiva, contrariamente, a interpretação deve ser um pouco ampla, no sentido de se vislumbrar, no contexto da coletividade possivelmente beneficiada pela medida, a possibilidade de sofrimento de “danos irreversíveis” a sua saúde. Por exemplo, se é comum a morte de crianças nas maternidades municipais, por falta de leitos ou de profissionais qualificados para os procedimentos pertinentes, revela-se perfeitamente possível a determinação de medida que corrija efetivamente o serviço. Do mesmo modo, se verificado que a falta de determinado medicamento está causando danos de difícil reparação à população, a decisão coletiva mostra-se, em tese, recomendável. Aplica-se o mesmo raciocínio para os casos de danos causados pela ineficácia de um determinado procedimento. Nesse sentido, a tutela coletiva, para fins desta tese, deve ser concedida, quando a “política pública de saúde for manifestamente inadequada”.

Sendo assim, como a interpretação é um pouco mais ampla na tutela coletiva, é possível compatibilizar a dimensão emancipatória da jurisdição com as restrições impostas pela governabilidade democrática, ou seja, se restar apurado nos autos que a omissão administrativa está acarretando danos à população, deve ser proferida a decisão de procedência. Nesse caso, deve-se considerar, em outros termos, se há, quanto à política pública de saúde questionada, desarranjo estrutural grave, afinal, não é constitucionalmente possível a Administração Pública invocar em seu favor prerrogativa que, colateralmente, permita-lhe causar danos irreparáveis à saúde dos administrados.

Como já visto neste estudo, a preferível tutela coletiva, diante da eliminação do casuísmo decisório ou de um sistema lotérico que privilegia alguns em detrimento de outros, por gerar prestações de serviços isonômicos e universalizáveis, favorece a captura do sistema

pela classe média ou por aqueles que, na prática, não têm tanto acesso à justiça. Mas, é preciso recordar que o sistema jurídico pátrio estabelece outros parâmetros decisórios a serem observados pelo juiz durante a instrução da causa e, claro, no momento da prolação da sentença. Estes parâmetros, inclusive, dialogam com o parâmetro estabelecido anteriormente, o da lesividade irreversível à saúde da população.

Nesse sentido, como parâmetro de atuação, incumbe ao Poder Judiciário verificar se a Administração Pública está investindo consistentemente na prestação de bens e serviços de saúde, executando, de forma efetiva, o orçamento, caso em que deve ter uma atuação mais tímida, contudo, por outro lado, se constatar que o Estado não vem realizando esses investimentos, o controle judicial deve ser mais intenso<sup>2116</sup>. Em outros termos, o planejamento administrativo com o objetivo de isonomia e de universalidade, se razoável, é fator que também deve ser considerado no julgamento, inclusive como forma de ponderar as ideias decorrentes da teoria da reserva do possível.

Não custa lembrar que, antes da prolação da sentença coletiva, o juiz, preocupado com os efeitos sistêmicos de sua decisão, deve verificar a capacidade estatal de custeio quanto à política pública pleiteada. É certo, todavia, que, à luz da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, incumbe ao Estado comprovar, de forma robusta e inequívoca, que a concessão da prestação encontra obstáculo intransponível na teoria da reserva do possível<sup>2117</sup>, que não deve ser admitida, quando formulada abstratamente. Em termos claros, o poder público tem a incumbência de comprovar, no processo, a impossibilidade de concretização de determinado pedido judicial diante da totalidade de recursos de que dispõe e das prioridades que elegeu<sup>2118</sup>. E não se poderia realmente exigir essa prova dos órgãos condutores da ação coletiva, pois quem tem acesso aos dados em sua completude é a Administração Pública.

Uma pausa, neste momento, revela-se oportuna. Pode-se dizer que essa observância do planejamento administrativo e da avaliação dos custos financeiros de eventual medida judicial, converge, pelo menos em certa medida, para a necessidade de deferência a maior “capacidade institucional” e a avaliação de “efeitos sistêmicos”, ilustrativamente defendidas na doutrina estrangeira por Adrian Vermeule<sup>2119</sup>.

<sup>2116</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 542-543.

<sup>2117</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009, p. 48.

<sup>2118</sup> GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

<sup>2119</sup> VERMEULE, Adrian. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 2 e 33.

Nesse sentido, os juízes, reconhecendo suas limitações e a realidade institucional em que estão inseridos, devem ser deferentes à interpretação dos textos normativos realizada pelos órgãos legislativos e administrativos, além de terem a obrigação de avaliar os efeitos sistêmicos globais de suas decisões<sup>2120</sup>. É certo que a relação entre as instituições é dinâmica e complexa, mas, em contrapartida, para que não seja prejudicial ao regime democrático, devem ser respeitados os limites sistêmicos impostos pela Constituição quanto ao papel que cada instituição deve desempenhar perante a sociedade<sup>2121</sup>. Deve-se evitar, assim, o fator surpresa nessa relação, inclusive pelo fato de que “julgar é uma atividade sistemicamente interdependente”<sup>2122</sup>. Essa denúncia acadêmica de Adrian Vermeule, certamente, é relevante, para chamar a atenção acerca da necessidade de constante diálogo com a Administração Pública<sup>2123</sup>, que detém maior capacidade institucional quanto às políticas de saúde pública e visão sistêmica da problemática<sup>2124</sup>.

Pelo que se observa, na realidade, esses critérios decisórios e procedimentais são convergentes para uma racional prolação de “decisões estruturantes”<sup>2125</sup> no Direito brasileiro<sup>2126</sup>, especialmente no que concerne às demandas por prestações de saúde

<sup>2120</sup> *Idem*, p. 38, 77-79 e 153.

<sup>2121</sup> VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 1-5.

<sup>2122</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>2123</sup> Conforme preleciona Clèmerson Clève, “ao (antigo) argumento sobre quem possui as melhores condições para responder a casos difíceis, anteponha-se a resposta de que a construção dos saberes jurídicos precisa ser realizada como uma conversa contínua entre todos aqueles que se encontram envolvidos em sua produção e revisão”, Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica”. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Alexandre Morais da Rosa, André Karam Trindade, Clarissa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 401.

<sup>2124</sup> VERMEULE, Adrian. “Judicial Review and Institutional Choice”. *William & Mary Law Review*, vol. 43, n. 4, 2002, p. 1557-1567.

<sup>2125</sup> Marco Félix Jobim questiona a denominação “decisão estrutural”, reputando-a incorreta, “tendo em vista que a decisão estrutura as condições, mas não é ela mesma estruturante”. Cf. JOBIM, Marco Félix. “A *structural reform* no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implementação”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 174, jul./dez. 2015. Particularmente, não se vislumbra qualquer problema em utilizar a denominação “decisão estruturante”, desde que, como ocorre nesta pesquisa e também é observado por Marco Félix Jobim (p. 175-176), vislumbre-a como medida ou técnica processual apta a instrumentalizar mudanças estruturais nos órgãos e políticas de governo, a fim de concretizar valores constitucionais relevantes.

<sup>2126</sup> Sobre o tema, na doutrina brasileira, ilustrativamente, Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Fundamentos do processo estrutural”. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização de Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende e Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 11-20; JOBIM, Marco Félix. “A *structural reform* no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implementação”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 159-179, jul./dez. 2015; ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 211-228, jul./dez. 2015; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. “As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, jul. 2014; ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013; JOBIM, Marco Félix. *Medidas*

pública<sup>2127</sup>. Esse tipo de provimento, adotado por intermédio de técnicas decisórias modernas (sentenças aditivas, manipulativas, interpretativas etc.), é comum nas “litigâncias de interesse público”, originárias, historicamente, do direito norte-americano — viabilizadas pela expedição das chamadas “*structural injunctions*”<sup>2128</sup> —, especialmente no período compreendido entre 1950 e 1970, quando os juízes tiveram uma atuação mais ativa na tutela de direitos fundamentais, a exemplo do clássico caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*<sup>2129</sup>, julgado pela Suprema Corte<sup>2130</sup> em 1954 e 1955, na era Earl Warren<sup>2131</sup> (1953-

---

*estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 91-105 e 171-177.

<sup>2127</sup> Nesse sentido, ilustrativamente, Cf. CASTELO, Fernando Alcântara. “Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 274, p. 317-342, dez. 2017.

<sup>2128</sup> Sobre a *structural injunction*, ilustrativamente, Cf. NAGEL, Robert F. “Controlling the structural injunction”. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 7, n. 2, 1984, p. 395-411. Na doutrina nacional, Cf. BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado – Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 66-70.

<sup>2129</sup> Trata-se de tema concernente à reforma do sistema educacional dos EUA, objetivando o fim da segregação racial nas escolas públicas, superando entendimento firmado por este mesmo órgão em 1896, no famoso caso *Plessy vs. Ferguson*, que dava sustentação constitucional à doutrina *separate but equal*. Nesse julgado superado, declarou-se a constitucionalidade de uma lei do Estado da Louisiana, a qual determinava a acomodação de brancos e negros em vagões distintos dos trens. Para uma análise crítica sobre esses importantes julgados pela Suprema Corte norte-americana, na língua inglesa, Cf. BALKIN, Jack M. *What Brown v. Board of Education Should Have Said: the Nation’s Top Legal Experts Rewrite America’s Landmark Civil Rights Decision*. New York / London: New York University Press, 2002; SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 286-309. Esse caso também pode ser estudado na língua espanhola. Ilustrativamente, Cf. PUGA, Mariela. “La litis estructural em el caso *Brown V. Board of Education*”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 85-139. De igual modo, pode ser estudado na doutrina brasileira, Cf. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 75-86; SOUZA, Fernando Garcia. “Política educacional – Suprema Corte dos EUA – caso *Brown V. Board of Education* 347 U. S. 483 (1954) – julgamento em 17 de maio de 1954”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 251-257; JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. “Medidas estruturantes: origem em *Brown V. Board of Education*”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 563-582. Outra decisão da Suprema Corte norte-americana que pode ser enquadrada como estrutural é o também famoso caso *Roe vs. Wade*, que tratou das políticas públicas correlacionadas ao aborto. Nessa decisão, de 1973, decidiu-se, por uma maioria de sete votos contra dois, que, considerando que o feto não é uma pessoa constitucional antes do nascimento, as mulheres têm o direito de abortar nos primeiros dois trimestres de gravidez. É fácil perceber o policentrismo dessa decisão, pois, minimamente, envolveu interesses religiosos (grupos antiabortivos), de ordem social e médica e a temática da liberdade da mulher. Sobre essa decisão, ilustrativamente, Cf. DWORKIN, Ronald. “*Roe in danger*”. *Freedom’s law: the moral reading of the America Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 44-59.

<sup>2130</sup> Para uma visão geral, na doutrina brasileira, sobre os avanços democráticos e retrocessos conservadores na história da Suprema Corte norte-americana, Cf. BARROSO, Luís Roberto. “A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 309-345. Sobre a rotina e a ritualística desse tribunal, Cf. BENETI, Sidnei Agostinho. “O processo na suprema corte dos Estados Unidos”. *Revista dos Tribunais*, RT, ano 82, v. 695, p. 270-274, set. 1993.

<sup>2131</sup> Sobre a *Warren Court*, Cf. SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 263-285.

1969), do qual resultaram reformas estruturais na política de educação dos EUA<sup>2132</sup>, com forte impacto sobre a sociedade<sup>2133</sup>.

Estudando a questão na perspectiva dos EUA, Owen Fiss esclarece que existem duas espécies de demandas judiciais: a) *dispute resolution*; b) *structural litigation*. No primeiro caso, de solução de controvérsias, que é o modelo histórico e tradicional, há um processo individual bipolar, com partes interessadas definidas, a exemplo de uma briga de vizinhos, atuando o juiz, entre os dois, quase que como um árbitro privado e neutro. Na *dispute resolution*, há apenas valores privados e desejos pessoais das partes, ou seja, não há, em princípio, valores públicos em jogo. Assim, nesses processos, não há espaço para a participação de entidades sociológicas, grupos sociais ou organizações burocráticas. A participação desses sujeitos, por outro lado, é própria do segundo modelo, a *structural litigation*, pois há valores públicos relevantes para serem considerados no momento da decisão. No caso *Brown vs. Board of Education*, por exemplo, o foco era o ideal de igualdade como um valor público. Ademais, conforme explica Owen Fiss, além da multiplicidade de partes, quando se começa a pensar nos grupos sociais e nas organizações burocráticas, pensa-se também nas contradições internas que podem existir no interior de cada um desses grupos e dessas estruturas, complicando ainda mais a estrutura das partes. Na ação judicial do modelo de reforma estrutural, não é lícito pensar na estrutura das partes em termos de modelo binário bipolar. O objetivo da reforma estrutural não é maximizar a satisfação de desejos ou preferências privados, mas, antes, dar o justo significado a esses valores públicos que definem a nação, sem, todavia, presumir que o *status quo* é justo. No modelo estrutural, a função não é restaurar o *status quo ante*, mas criar uma nova realidade social. Nesse modelo, alerta Owen Fiss, o Poder Judiciário não é visto como um ente isolado, mas, ao contrário, é compreendido como um setor coordenado do Estado, o qual, sem perder a imparcialidade e a independência, deve se comunicar com os segmentos que representam os anseios sociais diante do contexto do caso, a fim de encontrar a solução que melhor atenda aos valores constitucionais<sup>2134</sup>.

---

<sup>2132</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 74-75 e 90-99.

<sup>2133</sup> Acerca do impacto da atuação da Suprema Corte sobre a sociedade norte-americana, Cf. BAUM, Laurence. *A Suprema Corte americana*. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 42-46 e 349-364.

<sup>2134</sup> FISS, Owen. *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 40-55; FISS, Owen. “As formas de justiça”. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017, p. 23-80; FISS, Owen. “Two models of adjudication”. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2007, p. 761-767.

Embora o berço das decisões estruturais seja o sistema jurídico norte-americano<sup>2135</sup>, é certo que, desde os anos 90 do século passado, as Cortes Constitucionais da América Latina, a exemplo da Colômbia<sup>2136</sup> e da Argentina<sup>2137</sup>, da África do Sul<sup>2138</sup> e da Índia<sup>2139</sup> têm adotado

<sup>2135</sup> É oportuno ressaltar, todavia, que a implantação de reformas estruturais nos EUA, pela via judicial, está há algum tempo sob ataque, inclusive não há qualidade nos julgamentos. No particular, relata Owen Fiss: “Este não é um momento feliz para o Judiciário norte-americano. Desde meados da década de 70, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem sido provida largamente – não exclusivamente, mas largamente – de juízes cuja função precípua parece ter sido desfazer o legado do caso ‘Brown vs. Board of Education’, da Corte de Warren. ‘Brown vs. Board of Education’ ainda está nos livros e é citado pela maioria dos tribunais, mas acredito que tenha sido drenado de toda a sua vitalidade. De fato, no recente julgamento envolvendo a decisão anti-segregação da *Missouri School*, há uma longa opinião de Justice Thomas, que é uma espécie de crítica contra o conceito de reforma estrutural e uma volta ao modelo de solução de controvérsias. Desde o final da década de 70, o conceito de reforma estrutural tem sido objeto de ataques no Judiciário. Há muitos juízes heroicos em nossas cortes federais menores, como o Juiz Justice, do Texas, que perpetrou o modelo que acabo de descrever. Mas considero um erro ler por cima a história americana dos últimos 20 anos e usá-la para dar as costas ao conceito de reforma estrutural”. Cf. FISS, Owen. “Modelos de adjudicação / Models of adjudication”. *Caderno Direito GV*, v. 1, n. 8, p. 43-44, nov. 2005.

<sup>2136</sup> A Corte Constitucional da Colômbia, na década de 90 do século passado, diante de um cenário de profunda e permanente violação a direitos humanos, desenvolveu a chamada teoria do “Estado de Coisas Inconstitucional”, para exigir o cumprimento de políticas públicas desenvolvidas ao arrepio das normas jurídicas aplicáveis. A decisão precursora data de 1997, relativa ao descumprimento generalizado de direitos previdenciários de professores municipais. Na decisão — *Sentencia de Unificación* (SU) n° 559 —, a Corte Constitucional constatou o seu dever de colaboração com os outros poderes, ao declarar esse “estado de coisas inconstitucional”, para, em seguida, determinar a correção da inconstitucionalidade, ordenando o envio de cópias do julgado a diversos órgãos públicos das outras esferas do poder estatal, para providências práticas e orçamentárias. Para uma ampla visão acerca da judicialização de políticas públicas na Colômbia, Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. “Desafios à jurisdição em políticas públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 493-525.

<sup>2137</sup> Na Argentina, existem julgamentos estruturais proferidos pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* – CSJN da década de 90, a exemplo do tratamento público aos portadores do vírus da Aids (*Benghalensis*) e da reforma de política discriminatória de ingresso escolar com base no gênero do estudante (caso Monserrat), e dos anos 2000, como o caso Verbitsky, que envolveu a censura das condições subumanas do sistema carcerário da província de Buenos Aires, e o famoso “caso Mendoza”, que houve determinação ao governo federal no sentido de providenciar medidas saneadoras da bacia hídrica Matanza-Riachuelo, que estava afetando aproximadamente três milhões de pessoas, por conta do seu alto nível de contaminação. Nesse caso, o plano integrado de recuperação ambiental, com o respectivo cronograma de execução, baseado no princípio da progressividade, foi submetido à apreciação da sociedade civil por meio de audiências públicas. Acerca desses casos argentinos, Cf. PUGA, Mariela. “El litigio estructural”. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año 1, n. 2, nov. 2014, p. 44-45; ABRAMOVICH, Victor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación em la esfera política”. *Dereito administrativo contemporâneo. Administración pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rodrigo Garcia Schwartz organizador. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 44. Especificamente sobre o conflito decorrente da necessidade de limpeza da bacia Matanza-Riachuelo, Cf. LORENZETTI, Ricardo Luis. *A arte de fazer justiça: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina*. Tradução de María Laura Delaloye. São Paulo: RT, 2015, p. 149-169; VERBIC, Francisco. “El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación”. *ANALES*, n. 43, p. 267-286, 2013. Há versão desse texto publicada no Brasil. Cf. VERBIC, Francisco. “El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 287-316.

<sup>2138</sup> Sobre o caso *Grootboom*, julgado pela Suprema Corte da África do Sul, ilustrativamente, Cf. DIXON, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la liberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 56-61 e 82-84.

decisões de natureza semelhante<sup>2140</sup>. Destaca-se, no Brasil, a partir da premissa de que os precedentes jurisprudenciais também são fontes do Direito<sup>2141</sup>, o julgado da ADPF 347/2015, relativo ao caos no sistema prisional<sup>2142</sup> (teoria do estado de coisas inconstitucional)<sup>2143</sup>.

Pelos exemplos acima, constata-se que as decisões estruturais caracterizam-se pela imposição de reformas estruturantes<sup>2144</sup> em instituições burocráticas, para que, resolvendo litígios complexos, ou realizando determinada política pública, sejam atendidos determinados valores constitucionais. Nessa perspectiva, por acentuada intervenção judicial nas atividades dessas instituições, estas devem ser estrategicamente<sup>2145</sup> organizadas<sup>2146</sup> ou reconstruídas<sup>2147</sup>

<sup>2139</sup> CANO B., Luisa F. “*El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia*”. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, v. 33, n. 1, p. 111-120, ene./abr. 2015.

<sup>2140</sup> A Suprema Corte sul-africana, trazendo à tona assuntos até então ignorados pelas autoridades políticas, proferiu decisões estruturais em casos de habitação, para moradores em situação de extrema pobreza, pois viviam em barracos miseráveis, e em casos de tratamento da Aids. A Suprema Corte da Índia, por outro lado, tem facilitado o seu acesso, quando se trata de tutela de direitos sociais, e, após decisão favorável, tem procurado dialogar com os demais poderes, a fim de que o objetivo seja atingido com a menor lesão possível à esfera da separação de poderes. Quanto ao primeiro aspecto, destaca-se a chamada “jurisdição epistolar”. Por esse modelo antiformalista, para que um procedimento seja iniciado, basta uma simples carta escrita em favor de um grupo desfavorecido, em vez de uma petição formal. Para uma visão mais ampla sobre a temática, Cf. GARGARELLA, Roberto. “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella coordinadores. *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 363-388.

<sup>2141</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 91.

<sup>2142</sup> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona a liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, Processo Eletrônico DJe-031 Divulgado em 18/02/2016. Publicado em 19/02/2016).

<sup>2143</sup> Por oportuno, registre-se que há autores que sustentam que “a tese do estado de coisas inconstitucional é um sério sintoma de juristocracia”. Nesse sentido, Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 161.

<sup>2144</sup> Sobre o tema, na doutrina norte-americana, Cf. JEFFRIES, John C.; RUTHERGLEN, George A. “Structural Reform Revisited”. *California Law Review*, vol. 95, 2007, p. 1387-1422; GILLES, Myriam. “An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops. .. It's Still Moving!”. *University of Miami Law Review*, v. 58, p. 143-172, 2003.

<sup>2145</sup> No sentido de que os conflitos de interesse público também podem ser denominados “litígios estratégicos”, Cf. BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 59, dez. 2010.

<sup>2146</sup> SILVESTRI, Elisabetta. “Aspetti dell'esecuzione forzata per surrogazione negli stati uniti”. *Processo e Tecniche di Attuazione dei Diritti*. A cura di Salvatore Mazzamuto. Vol. I. Napoli: Jovene, 1989, p. 731-732.

mediante visão prospectiva, para que uma norma constitucional desrespeitada seja devidamente obedecida, estabelecendo uma finalidade<sup>2148</sup>.

Nessa perspectiva, é correto afirmar que as demandas que versam sobre prestações do sistema de saúde pública, mesmo as individuais, enquadram-se nos chamados “litígios estruturais”<sup>2149</sup>, que, como se percebe, exigem um renovado perfil judicial<sup>2150</sup>, por romper com o modelo repressivo, verticalizado e retrospectivo de jurisdição, marcadamente privado, e adotar um modelo participativo e prospectivo<sup>2151</sup>. A tutela judicial do mínimo existencial, na realidade, reclama a presença de técnicas processuais dialógicas e flexíveis<sup>2152</sup>. Observe-se que, por envolver escolha sobre alocação de recursos escassos e atingir interesses irradiados de terceiros, a função judicial, neste caso, assume certo caráter político, exigindo do juiz considerações de ordem consequencialista, estratégica e mediadora<sup>2153</sup>.

Isso tudo demonstra, como diversas vezes ressaltado nesta tese, que o perfil do juiz dos conflitos atuais não tem mais índole liberal-individualista<sup>2154</sup>, ou seja, o modelo de

<sup>2147</sup> DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. 2nd. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1993, p. 641-644.

<sup>2148</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 380-381.

<sup>2149</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 516-517.

<sup>2150</sup> Ada Pellegrini Grinover apresenta um modelo de juiz ideal para o Estado Democrático de Direito o qual se aproxima do juiz-dialógico estudado no capítulo 1 desta tese. Nessa perspectiva, defende que a atual função jurisdicional não se limita à manutenção do *status quo*. Ao tempo em que valoriza a participação na formação do comando decisório, a jurisdição da atualidade não se configura como mera expectadora quanto ao conflito, apresentando-se com as funções de controle e equilíbrio em relação aos demais poderes e garantia dos direitos fundamentais. A sua legitimidade decorre da Constituição, exigindo-se para tanto imparcialidade, independência em relação às forças políticas e motivação racional e adequada das decisões. Se a imparcialidade permite que o juiz tenha mais propensão para ouvir as minorias, o fato de não ser eleito pelo voto popular torna-o muito mais imune contra as pressões políticas e sociais. Trata-se de um juiz que, de um lado, para melhor se informar acerca dos fatos da causa, valoriza o assessoramento nas matérias em que não tem especialidade, de outro, considera, com razoabilidade, as consequências sociais e políticas de suas decisões. Nessa perspectiva, deve atuar com bom senso, lucidez e respeito à autonomia e coerência do Direito, de modo que, consciente dos seus limites e de sua função, abandona as suas convicções ou tendências pessoais, jamais pretendendo substituir, por exemplo, o administrador. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 123-130.

<sup>2151</sup> Classicamente, por todos, Cf. CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, may. 1976. Há versão desse texto publicada no Brasil na língua inglesa. Cf. CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 32-67. Também há publicação, no Brasil, na língua espanhola. Cf. CHAYES, Abram. “El rol del juez en el litigio de interes público”. Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 268, p. 143-188, jun. 2017.

<sup>2152</sup> SARMENTO, Daniel. “O mínimo existencial”. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1675-1678, 2016.

<sup>2153</sup> COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 403-404.

<sup>2154</sup> Conforme adequadamente observa Júlio Camargo de Azevedo, diferentemente da lógica liberal do processo individual, o processo estrutural adota como premissas: a) a proatividade e o aumento dos poderes judiciais; b) a

jurisdição meramente retrospectiva em relação ao conflito — tal como herdado pela tradição processual italiana — não é mais compatível com a litigância contemporânea<sup>2155</sup>. Uma simples reintegração de posse, por exemplo, já demonstra que, para a obtenção da verdadeira solução do conflito, a mera lógica binária do certo ou errado (procedência/improcedência ou vencedor/perdedor), adotada pelo modelo retrospectivo do processo civil clássico, é insuficiente.

No que se refere ao objeto deste estudo, já se observou que um simples pedido individual de cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde atrai para o Poder Judiciário uma decisão que interferirá na gestão administrativa, com a relocação de recursos, causando impacto sobre a coletividade, a exemplo da alteração da ordem de atendimento a outros pacientes. É por esse motivo, inclusive, que se sugere a solução consensual desses casos, por intermédio de processo coletivizado, com a participação popular, avaliando todos os fatos relacionados e todas as consequências, permitindo a governabilidade democrática.

Assim, como a realização de políticas públicas reclama planejamento e abrangência de ações em direção ao sentido comum<sup>2156</sup>, deve-se buscar o modelo de processo coletivo-estrutural<sup>2157</sup>, que é o mais compatível com a resolução de questões complexas, especialmente nos conflitos de difusão difusa e irradiada — como são as demandas judiciais que envolvem prestações de saúde pública fora do planejamento governamental —, caracterizados pela elevada conflituosidade<sup>2158</sup>.

ampla participação dos atores processuais (contraditório cooperativo e participativo) e da comunidade; c) a avaliação referencial do litígio; d) a adoção de remédios jurisdicionais flexíveis, negociados e prospectivos; e) a fiscalização posterior das metas e programas construídos, com ampla flexibilidade da técnica executiva. Cf. AZEVEDO, Júlio Camargo de. “O processo estrutural como instrumento adequado de controle de políticas públicas (uma análise empreendida à luz das experiências jurisdicionais argentina, colombiana e brasileira perante a crise do sistema prisional)”. *Revista de Processo Comparado – RPC*. São Paulo, RT, ano 3, n. 6, jul./dez. 2017, p. 77.

<sup>2155</sup> MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. “A litigância de interesse público numa perspectiva comparada”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 425-452, abr. 2015.

<sup>2156</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. “Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites”. *Direitos humanos, democracia e república*. Estudos em homenagem a Fábio Konder Comparato. Organização de Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Claudineu de Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 702-703.

<sup>2157</sup> Sobre o tema, Cf. FERRARO, Marcella Ferreira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado, PPGD – UFPR. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2015, 213p.

<sup>2158</sup> Conforme Edilson Vitorelli, o devido processo legal coletivo pressupõe a organização do processo a partir das peculiaridades do caso concreto. Assim, os litígios coletivos diferenciam-se, basicamente, em razão de duas variáveis: a) conflituosidades; b) complexidade. Nessa perspectiva, tendo em vista que a titularidade de um direito coletivo somente pode ser definida diante de alguma lesão ou ameaça concreta, os conflitos coletivos podem ser de: a) difusão global; b) difusão local; c) difusão irradiada. No primeiro grupo, os litígios coletivos de difusão global, enquadram-se aqueles conflitos em que a lesão ou ameaça de lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa, a exemplo da lesão ao meio ambiente, consistente no vazamento de óleo em pequena quantidade no meio do oceano. Por esse exemplo, verifica-se, quanto a esse tipo de litígio, que o grau de conflituosidades é baixo, e a tendência é que sejam litígios menos complexos. Os legitimados tendem a ser os órgãos públicos cuja atuação se relacione à proteção do bem jurídico lesado, embora se possa conceber a

Nessa perspectiva, é essencial compreender as características fundamentais desses processos que lidam, direta ou indiretamente, com a prestação de políticas públicas. Para que o juiz comporte-se democraticamente no processo, em outros termos, revela-se imprescindível que ele perceba que as demandas por prestações de saúde pública, por se enquadrarem como espécie de litígios estruturais, possuem características singulares<sup>2159</sup>.

Conforme preleciona Mariela Puga<sup>2160</sup>, no geral, diferente do que tradicionalmente ocorre na lógica bilateral de processo, os litígios estruturais envolvem os seguintes aspectos: a) reclamam intervenção de múltiplos atores processuais; b) o processo judicial afetará interesses de uma coletividade, representada ou não no processo; c) há uma causa forte, normalmente prevista em uma regra jurídica, que determina a violação de direitos em escala, forma prospectiva, dinâmica e sistêmica<sup>2161</sup>, a exemplo de uma política pública ou uma situação social que vulnera interesses de maneira sistêmica ou estrutural, embora nem sempre homogênea; d) uma organização estatal ou burocrática que funciona como o marco da

---

condução do processo por associações com alta representatividade social (*Greenpeace*, por exemplo). No outro extremo, localizam-se os conflitos coletivos de difusão local, que são aqueles em que a lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente grupo de indivíduos que compartilham uma identidade própria comum ou de uma mesma perspectiva social, como questões trabalhistas, gênero de mulheres, lesão ambiental em um território indígena etc. Tendo em vista que o grupo titular de direito é mais delimitado e preciso, a chance de solução consensual aumenta consideravelmente, além de ser, em tese, mais fácil de identificar o juízo competente e os legitimados adequados para a condução do processo. Essa situação não se verifica, todavia, na terceira espécie de litígio coletivo — os conflitos coletivos de difusão irradiada —, que são aqueles em que a lesão ou ameaça de lesão atinge diretamente os interesses de diversas pessoas ou segmentos sociais, mas estas pessoas não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, fazendo com que suas visões acerca de seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagonicas. Trata-se de casos com elevada complexidade e conflituosidade. Um exemplo claro desse tipo de conflito é o da construção de uma hidrelétrica, que pode gerar conflito federativo, ambiental, trabalhista etc. Observe-se, por esse exemplo, que não se trata de conflito de difusão global, pois é possível identificar as pessoas que sofrerão as consequências da lesão em graus diferentes de intensidade. Também não é de difusão local, pois os membros do grupo não compartilham a mesma perspectiva sobre o conflito. Com efeito, há dificuldade de identificar o legitimado adequado à condução do processo coletivo, tendo em vista a pluralidade de interesses, muitas vezes contrapostos, em torno do litígio. Para a identificação do juízo competente, deve-se considerar o local do epicentro do conflito. Ademais, a autocomposição é mais difícil, e a decisão provavelmente será estrutural. Cf. VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 71-94.

<sup>2159</sup> Para uma visão completa acerca das características dos litígios estruturais, Cf. PUGA, Mariela. “El litigio estructural”. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año 1, n. 2, p. 41-82, nov. 2014.

<sup>2160</sup> PUGA, Mariela. “El litigio estructural”. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año 1, n. 2, p. 46, nov. 2014.

<sup>2161</sup> Para Marcella Ferreira Ferraro, as violações de direitos, nos litígios estruturais, possuem as seguintes características: a) “as violações de direitos não são pontuais e isoladas – são dinâmicas e estão em curso”; b) “há alteração da estrutura das partes, de modo que o infrator põe-se como uma abstração e as partes afetadas são grupos”; c) “o foco da preocupação quando se está pensando nesse tipo de violação não são as condutas específicas que inobservem direitos, mas o próprio contexto (*background*) em que aconteçam”; d) “não ganha relevância a averiguação de intenções e culpa para configurar essa espécie de violações de direitos”; e) “de modo geral, existe uma relação que se prolonga no tempo entre as vítimas e as instituições (frequentemente caracterizada por dependência ou compulsoriedade)”; f) “a causalidade é complexa, não havendo um *‘natural stopping point’* na análise de suas causas”. Cf. FERRARO, Marcella Ferreira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado, PPGD – UFPR. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2015, p. 14-15.

situação ou a condição social que viola direitos; e) a invocação de valores constitucionais para uma regulamentação de caráter geral ou a tutela de direitos econômicos, sociais e culturais; f) pretensões que envolvem a redistribuição de bens; g) uma decisão que pressupõe um conjunto de ordens de implementação contínua e prolongada<sup>2162</sup>.

Há, certamente, na morfologia da litigância de interesse público, um papel mais ativo do juiz, mas, em contrapartida, suas decisões exigem cumprimento dialogado<sup>2163</sup>, aproximando-se das partes<sup>2164</sup>, mas sem perder a sua imparcialidade. É que os litígios estruturais possuem dimensão policêntrica<sup>2165</sup>, razão pela qual, diante da necessária prevalência do interesse coletivo sobre os interesses individuais afetados pelo caso, a eles não se aplicam a lógica dos processos bipolares ou bilaterais de índole adversarial privada<sup>2166</sup>, marcada pelos princípios do dispositivo, da congruência e da coisa julgada *inter partes*. Nesses litígios bipolares, o juiz atua como um árbitro entre as partes, dizendo quem tem razão à luz do direito material. Diferentemente, nos litígios policêntricos, mesmo os sujeitos que não participam do processo possuem interesses nas pretensões das partes, que também estarão conectadas entre si e com aqueles interesses por intermédio de múltiplas intercessões ou centros de confluência dentre de uma mesma rede. Logo, qualquer pretensão individual dependerá da definição prévia do interesse comum ou coletivo, ou seja, dependerá da análise do litígio em toda sua estrutura. Com efeito, todos os sujeitos que serão afetados pela resolução do caso têm direito à participação no processo. Afinal, todos os interesses devem estar devidamente representados no debate sobre os destinos da causa<sup>2167, 2168</sup>.

É por conta dessa fisionomia policêntrica que se defende que as demandas individuais por prestações de saúde públicas, quando veiculam interesse legítimo verificado no caso concreto, devem ter um procedimento diferenciado, marcado pelo diálogo coletivo e pela

<sup>2162</sup> Revela-se oportuno registrar que existem autores que vislumbram a possibilidade de essas características do litígio estrutural estarem presentes no julgamento de um *habeas corpus* coletivo, invocado, por exemplo, quando as condições de detenção são absolutamente inadequadas à recuperação e à intangibilidade da dignidade dos detentos. Nesse sentido, Cf. GIANNINI, Leandro J. “A reafirmação do rol do habeas corpus coletivo como processo estrutural. Buscar o equilíbrio sem destruir a balança”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal – RIDP*, São Paulo, RT, ano 2, n. 3, jan./jun. 2016.

<sup>2163</sup> CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1302, may. 1976.

<sup>2164</sup> RESNIK, Judith. “Managerial judges”. *Harvard Law Review*, vol. 96, 1982, p. 391.

<sup>2165</sup> Por todos, no sentido de que os litígios estruturais acarretam “problemas policêntricos”, Cf. FULLER, Lon L. “The forms and limits of adjudication”. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dec. 1978.

<sup>2166</sup> CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281 e 1289-1292, may. 1976.

<sup>2167</sup> Não é por outro motivo que se defendeu neste estudo a ampliação da democracia representativa na esfera judicial, por intermédio do incentivo à participação de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas.

<sup>2168</sup> PUGA, Mariela. “El litigio estructural”. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año 1, n. 2, p. 46-55, nov. 2014.

participação democrática (método dialogal)<sup>2169</sup>. É preciso perceber, todavia, com base na lição de Sérgio Cruz Arenhart<sup>2170</sup>, que o atual processo coletivo brasileiro, por manter uma racionalidade tradicional muito próxima dos litígios individuais, também se revela inadequado para a tutela de políticas públicas de saúde, pois continua com uma dinâmica marcada pela bipolaridade em que as partes se veem em posições antagônicas, devendo uma prevalecer sobre a outra. Diferentemente no processo estrutural, os interesses não se colocam apenas em dois blocos antagônicos e distintos, supostamente impossibilitando uma solução que os torne compatíveis. Pelo contrário, por conta da multipolaridade de interesses, a participação no processo deve ser ampla, com a oitiva, a priori, de todos os interessados, não se restringindo, portanto, à ideia de “representatividade adequada para a condução do processo, que é inerente à lógica das ações coletivas”<sup>2171</sup>.

Assim, como já dito, a solução ideal, diante do circuito de interconexões com interesses de pessoas e instituições que sequer participam do processo, é aquela que, de um lado, dá efetividade constitucional à saúde do jurisdicionado, sem prejuízo, de outro, assegura o interesse coletivo proveniente da governabilidade democrática, que, em tese, garante a prestação universal dos bens e serviços de saúde pública. Logo, não se pode perder de vista que, atualmente, ao lado da clássica natureza de método instrumental de solução de conflitos, à função jurisdicional, atribuem-se funções políticas e simbólicas em favor da democracia, no sentido de proporcionar não apenas uma “tutela célere de direitos”, mas também com “responsabilidade social”, mediante a análise do impacto de suas decisões<sup>2172</sup>.

Sendo assim, repita-se, são duas ideias deste estudo: a) a tutela individual por prestações de saúde pública deve estar assegurada nas situações de urgência, identificada, em sua dupla perspectiva (negativa e positiva), respectivamente, na possibilidade de o jurisdicionado sofrer um dano irreversível ou de difícil reparação em sua saúde, ou de proporcionar considerável aumento em sua qualidade de vida, quando a busca da solução negociada poderá prejudicar o jurisdicionado; b) mas, assegurada a decisão individual acerca da devida tutela de urgência e o seu consequente questionamento em sede de agravo de instrumento, a solução constitucionalmente adequada para esses casos de prestações de saúde

---

<sup>2169</sup> BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 61-62 e 69, dez. 2010.

<sup>2170</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 216-218, jul./dez. 2015.

<sup>2171</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 447-448.

<sup>2172</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo, Cortez, 2011, p. 15 e 43.

pública descobertos pelo planejamento governamental deve ser alcançada por intermédio da tutela coletiva.

Diante dessa forma de pensar, não custa insistir, os “processos coletivos genéricos” não podem ser confundidos com os “processos coletivos estruturais”<sup>2173</sup>. Estes são marcados pela construção e execução de políticas públicas mediante colaboração com os demais poderes estatais, preferencialmente pela via de soluções consensuais, inclusive com a expansão do contraditório, para propiciar a participação atípica da sociedade civil, por intermédio dos já estudados institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas<sup>2174</sup>. Nessa perspectiva, além das próprias informações governamentais, a cognição do juiz pode ser ampliada, para admitir assessorias especializadas, a fim de que, se não for possível a solução negociada, os efeitos decisórios sejam considerados no momento do julgamento, que deve ser justo, equilibrado e exequível. Este julgamento, que não pode ser apegado ao formalismo tradicional, não deve basear-se apenas em relação aos fatos passados, mas sim olhar para o presente e, criando a regra que vai regulamentar a situação jurídica, projetar-se para o futuro, na perspectiva de transformar estruturalmente a realidade social<sup>2175</sup>.

Essa decisão, todavia, deve ser o último recurso, pois a litigiosidade irradiada desses conflitos estruturais, como já repetido neste estudo, reclama solução de consenso interinstitucional. Se esta não for possível, contudo, restará a possibilidade do proferimento de uma *structural injunction*, que exige, pela sua natureza prospectiva, um modelo diferenciado de execução, também marcado pelo diálogo e pela maleabilidade, a fim de evitar danos a

---

<sup>2173</sup> Esses processos, repita-se, versam sobre a atuação do Estado, obrigando-o a prestações positivas, grandes instituições ou serviços públicos, como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana e instituições e organismos destinados à saúde pública.

<sup>2174</sup> Conforme preleciona Ricardo Lorenzetti, quando se trata de casos complexos e policêntricos, revela-se fundamental, a partir de uma renovada cultura pública, realizar “audiências de relevância institucional”, conduzidas, inclusive, com uma linguagem jurídica diferente. Por exemplo, no lugar de posições discursivas tradicionais, devem-se fazer perguntas, para que todos os envolvidos no debate possam, ao final, aproximar-se das possíveis respostas de consenso. Nessa perspectiva, a governabilidade contemporânea relaciona-se mais com a condução do diálogo, da diversidade e das incertezas do que com a ideia do controle de um grupo dominante. Para uma visão abrangente acerca dessa posição doutrinária, Cf. LORENZETTI, Ricardo. “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 345-354. Em outra obra, Ricardo Lorenzetti elenca as finalidades dessas audiências públicas: a) informativa, para ampliar a quantidade de informações para a tomada da decisão, pois nem sempre as partes formais do litígio trazem-nas por inteiro; b) de constituição da relação processual, para definir as reais partes do litígio; c) ordenatórias, para que seja ordenada a estratégia de organização da solução do litígio, fixando-se parâmetros de tramitação (questões probatórias, preventivas, reparatórias etc.). Cf. LORENZETTI, Ricardo. *Justicia colectiva*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 168-169. É interessante observar que, nesses processos estruturais que envolvem prestações de saúde pública, uma das finalidades dessas audiências públicas, conforme a perspectiva desta pesquisa, é identificar a verdadeira falha na prestação das políticas públicas de saúde a ponto de gerar, por exemplo, danos irreversíveis à coletividade.

<sup>2175</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 41-55.

terceiros<sup>2176</sup>. É que a experiência demonstra que reformas estruturantes nas instituições não são efetivamente atingidas apenas pelo cumprimento de uma ordem judicial<sup>2177</sup>.

Nos litígios estruturais, o foco está em resolver o problema cooperativa e prospectivamente, e não como ocorre nos processos tradicionais de índole patrimonial, na determinação da verdade ou na atribuição de responsabilidade<sup>2178</sup>. Desde o início do processo, o juiz não deve focar-se na sentença de mérito, mas sim na construção ou na reconstrução da política pública<sup>2179</sup>. Nesse sentido, a sentença condenatória, se inevitavelmente vier como ato do procedimento, será apenas o ponto de partida para outra série de discussões. No caso de pretensão envolvendo políticas públicas de saúde, por exemplo, deve-se ponderar “sobre a efetiva condição da Administração Pública em realizar o comando judicial, em que tempo e de que forma”<sup>2180, 2181</sup>.

Na realidade, existem casos em que determinada decisão condenatória seria correta sob o ponto de vista jurídico, mas o seu cumprimento imediato não seria recomendável, para não causar danos à população indiretamente envolvida com o processo. Imagine-se, por exemplo, uma ordem de fechamento do único hospital da cidade pelo fato de que todos os médicos que trabalham no estabelecimento tiveram seus provimentos irregulares<sup>2182</sup>. O cumprimento dessa sentença, por certo, deve ser flexível. Como se percebe, por conta do policentrismo e de sua vinculação a possíveis situações contingenciais<sup>2183</sup>, a mutabilidade fática dos interesses difusamente irradiados nesses litígios impõe que a decisão nunca seja vista como algo acabado, de modo que o seu conteúdo deve ser readaptado à dinamicidade do direito material<sup>2184</sup>.

<sup>2176</sup> CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1298-1302, may. 1976.

<sup>2177</sup> RESNIK, Judith. “Managerial judges”. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 394, 1982.

<sup>2178</sup> STURM, Susan. “A normative theory of public law remedies”. *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1377, jun. 1991.

<sup>2179</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 531-532.

<sup>2180</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 359.

<sup>2181</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Fundamentos do processo estrutural”. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização de Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende e Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 17-20.

<sup>2182</sup> OSNA, Gustavo. “Nem ‘tudo’, nem ‘nada’ — decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 183.

<sup>2183</sup> Sobre a mutação dos interesses difusos no tempo e no espaço, vinculando-os a situações contingenciais, Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev. atual. e ampl. — São Paulo: RT, 2011, p. 105-109.

<sup>2184</sup> VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016, p. 567-571.

Por isso, como é complicado falar em certeza diante da dinamicidade e do caráter prospectivo dos processos estruturais<sup>2185</sup>, o cumprimento da sentença, não custa insistir, deve ser flexibilizado com a participação do governo mediante planejamentos aprovados pelo juiz, que, no seu acompanhamento da execução, pode servir-se de um terceiro independente, pertencente a órgãos públicos ou privados, o qual deverá acompanhar as fases executivas — aprovação do planejamento, cronograma e controle da execução e adaptações dos planos iniciais —, em comunicação estreita com o juiz e sempre sob o seu comando. Institutos como a “estabilização da demanda” e “limites objetivos da coisa julgada”, por exemplo, devem ser readaptados à realidade dos litígios estruturais<sup>2186</sup>. Na realidade, a própria linguagem da sentença deve ser artesanalmente aberta, para permitir, mesmo na fase de execução, a deliberação consensual<sup>2187</sup>. Deve-se prestigiar, em outros termos, mesmo na fase executiva, uma postura de diálogo, mediante procedimento público, transparente e participativo, em que, como limite institucional, em hipótese alguma, pode o juiz pretender substituir o administrador<sup>2188, 2189</sup>.

<sup>2185</sup> CHAYES, Abram. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1296-1298, may. 1976. No mesmo sentido, Cf. FERRARO, Marcella Ferreira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado, PPGD – UFPR. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2015, p. 86-88.

<sup>2186</sup> Não pode haver rigidez decisória nos processos estruturais, inclusive deve ser atenuado o princípio da congruência entre o pedido e a sentença, pois nem sempre se tem, no início do processo, conhecimento da extensão dos danos. Nesse sentido, Cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Fundamentos do processo estrutural”. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização de Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende e Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 13. Quanto à estabilização da demanda, o projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública (PL n° 5.139/2009), rejeitado pela Câmara dos Deputados, dispunha, em seu art. 16, que: “Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar”. Corretamente, dispõe o art. 20 do PL n° 8.058/2014 que “o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou até mesmo se esta revelar-se inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente”.

<sup>2187</sup> Para o método redacional das sentenças estruturais, valem as palavras de Conrado Hübner Mendes no sentido de que se “tem que perseguir um estilo literário que evita tratar as partes como vencedoras ou perdedoras de uma competição interpretativa. Interlocutores devem ser considerados como colegas ou concidadãos de uma comunidade que continuará a conversar a respeito da controvérsia enquanto o desacordo persistir”. Cf. MENDES, Conrado Hübner. “O projeto de uma corte deliberativa”. *Jurisdição constitucional no Brasil*. Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paulo Gorzoni e Rodrigo Pagani de Souza organizadores. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64-65.

<sup>2188</sup> A doutrina sustenta que há limitações institucionais no cumprimento de decisões estruturais, inclusive no que concerne à autonomia e independência dos poderes estatais e seus administradores. Assim, sustenta-se que a gestão processual, se não for limitada, pode conduzir a subjetivismos, ou seja, ao crescimento de influências e crenças pessoais do juiz, comprometendo a sua imparcialidade. Dessa forma, a doutrina defende, com razão, que a preservação das garantias do devido processo é essencial para evitar o abuso do poder na discricionária gestão processual pelo juiz. Nesse sentido, Cf. RESNIK, Judith. “Managerial judges”. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 412 e 424-431, 1982.

No Brasil, inúmeros processos desrespeitam esse paradigma<sup>2190</sup>, sendo certo que também se incluem nesse aspecto as demandas por prestações de saúde pública fora do planejamento governamental. Nesses processos, principalmente quando coletivizados e com a ressalva das situações de extrema urgência, impõe-se adotar, mesmo na fase de execução, a teoria dos diálogos constitucionais interinstitucionais<sup>2191</sup>, como pauta de aproximação entre litígios estruturais, Estado de Direito e democracia<sup>2192</sup>.

Não se trata da tradição processual brasileira<sup>2193</sup>, mas, no cenário atual, especialmente em causas complexas, impõe-se equilibrar o poder de interpretação constitucional<sup>2194</sup>, por meio de “práticas dialógicas” que valorizem as potencialidades estruturais dos agentes envolvidos e suas capacidades institucionais<sup>2195</sup>. Essa mudança comportamental pode ocorrer, certamente, sem prejuízo de viabilizar a correção de erros na hermenêutica constitucional<sup>2196</sup>, pois pontos de vista que ordinariamente não seriam observados tornam-se possíveis pelo debate social<sup>2197</sup>. Cria-se, desse modo, uma “cultura política dialógica”<sup>2198</sup>, que obriga ao juiz, especialmente no espaço público e democrático das audiências, a vedação de comportamento

---

<sup>2189</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 51-55.

<sup>2190</sup> No âmbito do STF, pode-se citar o emblemático caso da demarcação da terra indígena Raposa Terra do Sol no Estado de Roraima. Desafio maior, certamente, terá o STF em relação ao cumprimento da decisão envolvendo a política carcerária (ADPF n° 347 MC/DF). Na primeira instância, pode-se citar o complexo caso do rompimento da barragem em Mariana/MG. Destaca-se, também, o caso do hospital Salgado Filho de Porto Alegre (STF, agravo de instrumento n° 854.007), em que o juiz, aparentemente de forma equivocada, pretendeu substituir o administrador. Outro exemplo digno é o caso das creches em São Paulo (TJSP apelação n° 0150735-64-2008-8.26002), envolvendo o direito fundamental à educação infantil. Finalmente, registre-se a famosa ACP do carvão em Criciúma/SC (autos n° 93.8000533-4 – Justiça Federal), envolvendo proteção ambiental por conta da atividade de mineração.

<sup>2191</sup> Da jurisdição democrática, preleciona Owen Fiss, espera-se independência e capacidade de diálogo. Cf. FISS, Owen. *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003, p. 55.

<sup>2192</sup> Sobre a correlação entre “diálogos institucionais”, “democracia” e “Estado de Direito”, Cf. VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234-250.

<sup>2193</sup> Criticando o modelo pouco deliberativo adotado pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade, Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

<sup>2194</sup> Defendendo essa tese do equilíbrio interpretativo, Cf. BATEUP, Christine. “The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

<sup>2195</sup> LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do judicial ativismo ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 233-245.

<sup>2196</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 410.

<sup>2197</sup> DIXON, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconômicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, p. 67-68.

<sup>2198</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo; Saraiva, 2011, p. 169.

com discursos de supremacia interpretativa<sup>2199</sup>.

Nessas demandas por prestações de saúde pública, como se percebe, o juiz deve adotar, inclusive na fase executiva, técnicas semelhantes à negociação e à mediação, ou seja, com “atitude estrategista” e atuando como “mediador institucional”<sup>2200</sup>, com ampla margem para o gerenciamento da decisão, compatibilizando-a com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das partes<sup>2201</sup>. Observe-se que, ainda que a solução de consenso signifique aceitar menos do que a ideal<sup>2202</sup>, ela se apresenta “institucionalmente adequada” para casos em que é flagrante a presença de desacordos políticos e morais. Por isso, mesmo na fase executiva de uma decisão estrutural, exige-se do juiz capacidade de adaptação e monitoramento<sup>2203</sup>, afastando-se de um modelo meramente burocrático de ordem e cumprimento<sup>2204</sup>, ou seja, o juiz deve preocupar-se em proporcionar à sociedade uma solução factível e razoável<sup>2205</sup>.

Assim, apesar de ter como foco que a transformação da realidade social seja um dos grandes alicerces das medidas estruturantes<sup>2206</sup>, tal como direciona o art. 3º da CF, ao lado das decisões estruturais, deve estar o modelo experimentalista de reparação de danos<sup>2207</sup>. Esse modelo caracteriza-se pela flexibilidade e pelo caráter provisório das decisões (técnica de erros-e-acertos), com a participação de todos os envolvidos no processo e na supervisão dessas medidas, inclusive com a permissão para contínuas revisões, uma vez que o foco deve

<sup>2199</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 232.

<sup>2200</sup> COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 404-405.

<sup>2201</sup> FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, p. 64.

<sup>2202</sup> FISS, Owen. “Contra o acordo”. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017, p. 146.

<sup>2203</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 99-102.

<sup>2204</sup> ABRAMOVICH, Victor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación em la esfera política”. *Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rodrigo Garcia Schwartz organizador. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 38.

<sup>2205</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

<sup>2206</sup> Nesse sentido, Cf. JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 173.

<sup>2207</sup> Registre-se que Jeff King prefere denominar essa abordagem de “incrementalista”. Conforme preleciona, os juízes, na atividade de aplicação dos direitos sociais, devem adotar uma teoria da contenção judicial estruturada em torno de determinados princípios (legitimidade democrática, policentrismo, expertise e flexibilidade), que, quando considerados coletivamente, recomendam uma abordagem incrementalista para a adjudicação. Nessa perspectiva, a atuação judicial deve ser menos intensa, pois, dentre outros aspectos, os juízes reconhecem a complexidade policêntrica do problema e a maior aptidão técnica do governo para a solução adequada. Cf. KING, Jeff. *Judging social rights*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 8-10 e 289-303.

ser programa de resolução do conflito, composto por metas, parâmetros e objetivos transparentes de controle do cumprimento e da efetividade das medidas adotadas judicialmente<sup>2208</sup>. Com efeito, em atenção à “plasticidade da demanda estrutural”, se os problemas forem surgindo, novas soluções devem ser experimentalmente testadas, em realinhamento dessas novas práticas ao comando decisório, em uma perspectiva flexível da causa de pedir e da própria coisa julgada<sup>2209</sup>. Observe-se que o juiz, por ser consciente da complexidade da escolha das medidas necessárias, não assume posição central no processo e reconhece a importância dos argumentos suscitados pelas partes, tornando o procedimento colaborativo e mais democrático<sup>2210</sup>.

Como os juízes, em princípio, não podem substituir diretamente a atividade do administrador na gestão orçamentária<sup>2211</sup> nem podem ser os provedores primários do direito à saúde<sup>2212</sup>, a eventual execução subsequente, repita-se, deve ser cooperativa, flexível, criativa e negociada<sup>2213</sup>. Nessa perspectiva, para que essa flexibilização procedimental seja possível, pretende-se romper, nesta proposta de tese, com a manutenção de uma cultura normativo-tecnocrática, em que o juiz ampara-se em uma cultura de refúgio processual extremamente burocrática, longe da sociedade, e confunde sua independência com individualismo autossuficiente, ou seja, uma aversão ao trabalho em equipe, à cogestão do processo e à colaboração interdisciplinar, que lhe permite aprender com outros saberes<sup>2214</sup>.

Apesar da complexidade policêntrica do problema, é certo que a execução deve ser estruturada por medidas que, no plano concreto, procurem harmonizar a seguinte trilogia

---

<sup>2208</sup> Marco Antonio da Costa Sabino, adequadamente, preleciona que “a fase de execução no processo judicial estrutural tem um começo, talvez um meio, porém, quase nunca tem fim. Estabelecidas as metas a partir de *standards* mínimos, as partes, em comum acordo e sempre atuando com *boa-fé*, decidem como agir para alcançá-las por meio da eleição de normas provisórias, tudo sob a supervisão e controle das cortes, inclusive de acordo com periódicas avaliações de *performance*. Conforme o resultado dessas avaliações, as normas provisórias dessas avaliações podem ser revistas”. Nessa perspectiva, “as partes envolvidas no problema efetivamente *experimentam* saídas para o cumprimento do comando judicial, e o juiz se torna o responsável por avaliar essas saídas”. Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 400-401 e 402.

<sup>2209</sup> FERRARO, Marcella Ferreira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado, PPGD – UFPR. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2015, p. 137-138, 153-157 e 189-198.

<sup>2210</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 36-37.

<sup>2211</sup> SALLES, Carlos Alberto de. “Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades”. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 216.

<sup>2212</sup> ABRAMOVICH, Victor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación em la esfera política”. *Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rodrigo Garcia Schwartz organizador. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 44.

<sup>2213</sup> QUINTAS, Fábio Lima. “Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 42-44 e 48, jan./mar. 2016.

<sup>2214</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo, Cortez, 2011, p. 85-86.

funcional: organização procedimental, celeridade na tutela de direitos urgentes e eficácia quanto à realização de prestações universalizáveis de saúde pública. Assim, após coletivizar o processo e proferir a decisão, e considerando o exemplo dos *judicial case management powers* anglo-americano<sup>2215</sup>, o juiz deve atuar como gerente da execução de medidas relacionadas a políticas públicas, velando, para que, mesmo nessa fase executiva, a norma jurídica que pretende concretizar seja construída consensual<sup>2216</sup> e democraticamente<sup>2217</sup>. O procedimento executivo, portanto, deve ser negociado<sup>2218</sup>, ou seja, deve haver uma “execução participativa de interesse público”<sup>2219</sup>, sendo incompatível com os litígios estruturais o tradicional modelo execução-sanção<sup>2220</sup>.

Por isso, os comandos decisórios, nas decisões estruturais, são abertos, sucessivos, concatenados e dialogais<sup>2221</sup>, inclusive, como previsto no art. 191 do CPC<sup>2222</sup>, na perspectiva

<sup>2215</sup> Ilustrativamente, observe-se que, com base na *Rule 16* das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas, o juiz pode criar um programa de desenvolvimento do caso, mediante prévia conferência com os advogados e eventualmente com as partes, sempre na perspectiva de atender aos postulados da “justiça”, “presteza” e “economia”.

<sup>2216</sup> JOBIM, Marco Félix. “A *structural reform* no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implementação”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 179, jul./dez. 2015.

<sup>2217</sup> No sentido de que as políticas públicas, por cumprirem fins previstos na Constituição e concretizarem direitos fundamentais, criam e realizam normas políticas, que devem estar em sintonia com a força decisória da sociedade, Cf. DERANI, Cristiane. “Política pública e norma política”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 41, p. 19-28, 2004.

<sup>2218</sup> Para tanto, na linha do que se defende neste estudo, Eduardo José da Fonseca Costa recomenda, ilustrativamente, as seguintes medidas: a) que o juiz da causa se reúna sozinho com cada uma das partes, para ouvir suas posições, identificar interesses subjacentes comuns e contrapostos, simular algumas alternativas de acordo e interromper a audiência, quando a conversação se mostrar hostil ou obstruída; b) “a instauração de rodadas de negociação para a discussão dos temas e de cada uma das etapas do cronograma”; c) “a presença não apenas dos advogados, do Ministério Público e de representantes legais dos envolvidos, mas também dos responsáveis técnicos encarregados internamente do cumprimento de cada etapa do cronograma”; d) “a consulta eventual a terceiros especialistas – nomeados pelo juiz como peritos, ou intervenientes na qualidade de *amici curiae* – para ampliação das informações imprescindíveis”; e) “a possibilidade democrática de participação não só das partes e dos auxiliares da justiça, mas dos setores da sociedade interessados na implementação da política pública, fazendo-se, assim, com que a relação processual assuma uma *estrutura polifônica* e transponha a bilateralidade autor-réu”; f) “a possibilidade de os presentes usarem na audiência mapas, planilhas, gráficos, plantas, desenhos, estudos, rascunhos, orçamentos, croquis, vídeos, fotografias, retroprojetores, *slides*, quadros, lousas, telas de *PowerPoint*, propostas, comentários e toda sorte de recursos audiovisuais necessários à explanação técnica de suas perspectivas”; g) “a possibilidade de interrupção da audiência para a realização de inspeção judicial nos locais de instalação de estruturas que serão necessárias à implantação da política”; h) “a reserva de um espaço amplo e informal para acolher com conforto os presentes, facilitar o diálogo entre eles e comportar toda a estrutura física acima sugerida”. Cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 42-43, out. 2012.

<sup>2219</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. “Litigância de interesse público e execução participativa de políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 224, p. 121-153, out. 2013.

<sup>2220</sup> Sobre o vínculo conceitual entre execução e sanção civil, Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araraquara: Bestbook, 2003, p. 13-17.

<sup>2221</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 55.

de calendarização dos atos processuais<sup>2223</sup>, mediante cronograma de cumprimento voluntário com permanente possibilidade de revisão da sequência procedimental<sup>2224</sup>. Logo, o relacionamento do Judiciário com a instituição a ser reconstruída a partir do provimento judicial é marcada pela continuidade<sup>2225</sup>, o que significa dizer, inclusive, que, por conta da complexidade da tarefa, normalmente não há, nesses processos estruturais, apenas uma única ordem jurisdicional, mas, sim, uma série delas, algumas mais específicas, outras mais rigorosas, mas todas elas revistas à luz da experiência e do conhecimento adquirido com o tempo<sup>2226</sup>. Observe-se, por outro lado, que os próprios entes públicos, embora sejam colocados como réus no processo, podem ter atuações voltadas para o alcance do interesse público<sup>2227</sup>. Pelo que se percebe, a tutela dos direitos, nos processos estruturais, não é alcançada pelo foco em um ato isolado ou por medidas estanques, pois pressupõem, contrariamente, uma atividade de diálogo e cooperação entre os envolvidos ao longo de todo o procedimento, que deve ser flexível por conta das possíveis alterações fáticas no decorrer do tempo<sup>2228, 2229</sup>.

Isso não significa dizer que a decisão condenatória será convertida em declaratória, a partir de uma eterna lógica de diagnóstico e discussão, pois os objetivos a serem atendidos, por intermédio do comendo decisório, devem ser claros e aptos a torná-los realidade<sup>2230</sup>. Assim, ao tempo em que “deve haver ampla margem para a gestão da decisão judicial, de modo a compatibilizá-la com as necessidades da situação concreta e com as possibilidades das

<sup>2222</sup> Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º. O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º. Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

<sup>2223</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Calendarização processual”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 367-368.

<sup>2224</sup> Defendendo que essas “sucessivas adaptações” na fase de execução decorrem de uma lógica ampla de proporcionalidade, considerando os seus efeitos sobre o espaço social, Cf. OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017, p. 143-144.

<sup>2225</sup> FISS, Owen M. *The civil rights injunctions*. Bloomington / London: Indiana University Press, 1978, p. 28.

<sup>2226</sup> FISS, Owen. “Two models of adjudication”. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2007, p. 766.

<sup>2227</sup> Em sentido similar, Cf. CABRAL, Antonio do Passo. “Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 404, p. 3-42, jul./ago. 2009.

<sup>2228</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Fundamentos do processo estrutural”. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização de Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende e Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 12.

<sup>2229</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 408 e 411.

<sup>2230</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *A arte de fazer justiça: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina*. Tradução de María Laura Delaloye. São Paulo: RT, 2015, p. 160-161.

partes”<sup>2231</sup>, deve-se permitir o controle acerca de sua eficácia e consistência, inclusive com a disponibilização periódica, didática e de fácil acesso público dos dados do processo, para fins de fiscalização e acompanhamento de suas fases<sup>2232</sup>.

Não é uma etapa ordinariamente desejável pelo sistema jurídico, não custa repetir, mas, na hipótese de não existir outro caminho, o juiz deve observar as peculiaridades da execução da sentença coletiva estrutural, procurando, sempre por consenso, se possível, a solução que contemporaneamente seja mais adequada ao caso. Como já mencionado, para obter melhores informações, inclusive de ordem técnica, é possível ao juiz, nesta etapa, valer-se de assistentes, similarmente ao *Special Master* da *Rule 53* das *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas<sup>2233</sup>, o qual tem a incumbência, dentre as suas funções, de facilitar negociações com as partes e colaborar ativamente na execução do julgado<sup>2234</sup>. Esse terceiro assistente, portanto, sem ter poderes de intervenção ou gestão direta sobre a implantação da política pública<sup>2235</sup>, seria um elo entre as partes, o cumprimento do julgado e o juiz, facilitando, assim, a obtenção de soluções tempestivamente adequadas<sup>2236, 2237</sup>.

É digno de destaque que há, no PL n° 8.058/2014, previsão desse auxílio de terceiros durante o procedimento, inclusive na fase executiva<sup>2238</sup>. Não só por esse aspecto, naturalmente, mas por tudo o que foi visto, percebe-se que, procedimentalmente, a opção desse projeto legislativo, no que se refere à execução do julgado, está correta, sendo, até mesmo, compatível com a doutrina e com a principiologia das decisões estruturais e do

<sup>2231</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 360.

<sup>2232</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *A arte de fazer justiça: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina*. Tradução de María Laura Delaloye. São Paulo: RT, 2015, p. 166 e 168.

<sup>2233</sup> No direito norte-americano, utilizam-se os chamados *receivers* ou *masters*, que, na lição de Carlos Alberto de Salles, são terceiros auxiliares do juiz, com o encargo de “assumir a administração de uma determinada entidade, pública ou privada, ou de supervisionar a realização das tarefas determinadas”. Cf. SALLES, Carlos Alberto de. “Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades”. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 222.

<sup>2234</sup> Sobre o tema, ilustrativamente, Cf. FARRELL, Margaret G. “The function and legitimacy of special masters”. *Widener Law Symposium Journal*, v. 2, p. 235-297, 1997; BERKOWITZ, Elizabeth. “The Problematic Role of the Special Master: Undermining the Legitimacy of the September 11<sup>th</sup> Victim Compensation Fund”. *Yale Law & Policy Review*, v. 24, n. 1, p. 1-41, 2006.

<sup>2235</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Calendarização processual”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015, p. 367.

<sup>2236</sup> ABRAMOVICH, Victor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación em la esfera política”. *Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rodrigo Garcia Schwartz organizador. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 40.

<sup>2237</sup> SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 410-419.

<sup>2238</sup> Conforme preleciona o art. 19 do PL n° 5.058/2014, para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências. Observe-se que os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela (art. 19, parágrafo único).

método experimentalista de reparação de danos.

O PL n° 8.058/2014, que, como já visto neste estudo, pretende estabelecer o processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, enumera, no parágrafo único do seu art. 2º, as próprias características dessa complexa espécie de demanda. Nesse sentido, dispõe que, sob o ponto de vista estrutural, as demandas envolvendo políticas públicas devem facilitar o diálogo institucional entre os Poderes, inclusive na fase de execução do julgado. São demandas que afastam o centralismo da jurisdição, ou seja, são policêntricas e dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes das demais funções estatais e a sociedade. Essas demandas devem ter cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica.

Dispõe o PL n° 8.058/2014 que as demandas envolvendo políticas públicas têm características colaborativas e participativas, pois envolvem a responsabilidade do Poder Público em sua totalidade. Ademais disso, são demandas flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto, inclusive sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual, tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público. Nessa perspectiva, determina que os juízes adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis, flexibilizando o cumprimento das decisões e prevendo, se for o caso, o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com ele.

Na perspectiva dessas características processuais, disciplina o art. 18 do PL n° 8.058/2014 que o juiz, se for o caso, na decisão, poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em: I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil. II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

Nesse sentido, o juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa (art. 18, § 1º). O planejamento será objeto de

debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, os representantes da sociedade civil (art. 18, § 2º). Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público, e, caso se revele inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º (art. 18, § 3º).

Como se observa nesse projeto, apesar de haver espaços para a decisão judicial, a solução deve ser dialogada. Observe-se, todavia, que, se faltar espírito colaborativo dos agentes públicos, poderá haver imputação de responsabilidades. Nesse sentido, dispõe o art. 21 do PL n° 8.058/2014 que, se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença ou na decisão de antecipação de tutela, o juiz poderá aplicar as medidas coercitivas previstas no CPC, inclusive multa periódica de responsabilidade solidária do ente público descumpridor e da autoridade responsável, devida a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas aos crimes de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Por tudo o que se viu, pode-se concluir que as demandas individuais que envolvam prestações de saúde públicas têm algumas características específicas que requerem “mudanças estruturais” no sistema de justiça. A doutrina, corretamente, tem sugerido a criação de Varas Especializadas em Saúde Pública. No mesmo sentido, aliás, apresentam-se a Recomendação n° 43/2013 e a Resolução n° 238/2016 do CNJ. Sugere-se, de igual modo, a implantação de Câmaras Técnicas de Conciliação no Poder Judiciário, com a presença — física ou virtual — de médicos e farmacêuticos do SUS responsáveis pelas três esferas de poder, inclusive, se for o caso, para inserir o paciente na rede pública de saúde. Observe-se que, além da possibilidade de viabilizar uma solução consensual, a Câmara pertinente à Vara de Saúde Pública, se o tempo for compatível com o caso, deve ser consultada antes da eventual concessão de medida de urgência. Esse procedimento, assim, seria mais racional e compatível com a integralidade sistemática do modelo constitucional do SUS, com seus parâmetros de caráter organizacional, de segurança terapêutica e de planejamento<sup>2239</sup>.

Ademais, exige-se do sistema de justiça, principalmente, “mudanças culturais”, desafiando uma nova forma de visualizar o processo. A jurisdição deve ser prospectiva e distributiva, em especial quanto ao aspecto da universalidade isonômica das políticas públicas de saúde. Por consequência, esses processos devem ter uma tendência à coletivização, com

---

<sup>2239</sup> MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017, p. 175-177 e 200-201.

ampliação dos poderes do juiz nas fases de cognição e execução. Ademais, nessa perspectiva, devem ter estrutura dialógica, como forma de ampliar os déficits de legitimação democrática e de incapacidade institucional que recaem sobre a jurisdição, notadamente pelo incentivo à participação de *amicus curiae* e pela realização de audiências públicas, com a presença de auxiliares da justiça, servidores do governo e dos jurisdicionados<sup>2240</sup>. Para tanto, também se revela fundamental flexibilizar o procedimento, os institutos e os diversos dogmas a eles ligados (causas de pedir, pedidos, tipicidade dos atos executivos etc.), rompendo com o formalismo clássico, mas sempre respeitando os ditames axiológicos da cláusula do devido processo. Somente assim, certamente, transformar-se-á a realidade social, com respeito às garantias do Estado Democrático de Direito. Precisa-se alertar, todavia, que esse objetivo somente será atingido, se os juízes e a suas estruturas judiciárias tiverem uma especial formação jurídica<sup>2241</sup>.

É essa formação jurídica que, dentre outros aspectos relevantes, permitirá mais facilmente a visualização de que o objetivo final desses processos deverá ser uma medida consensual que, a um só tempo, garanta a governabilidade democrática e proporcione, na perspectiva do fato gerador dos processos originários, medidas que assegurem prestações de saúde pública dotadas de universalidade. Impõe-se, portanto, mudar de mentalidade, deixando de lado “conceitos arraigados, vinculados ao processo individual, bem como a leitura formalista das regras do processo coletivo, para avançar ao que verdadeiramente interessa, que é a produção de resultados sociais significativos para os jurisdicionados”<sup>2242</sup>. Reconhecendo essa finalidade inerente aos litígios estruturais, ao juiz do caso não se deverá imputar a prática de ativismo judicial<sup>2243</sup>, pois, como visto ao longo do texto, haverá racionalidade democrática na condução judicial desses processos. É com essa perspectiva de mudança cultural que este estudo pretende, enfim, contribuir.

---

<sup>2240</sup> Elogiando essa perspectiva de estímulo legislativo, Cf. BERIZONCE, Roberto Omar; VERBIC, Francisco. “Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 56, p. 110-111, set./out. 2013.

<sup>2241</sup> Nesse sentido, Cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016 p. 429-430.

<sup>2242</sup> VITORELLI, Edilson. “Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 43, n. 275, p. 307, jan. 2018.

<sup>2243</sup> JOBIM, Marco Félix. “Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017, p. 464.

## CONCLUSÃO

A complexidade das novas relações de convivência na sociedade contemporânea e o despertar da cidadania, por conta da força normativa da Constituição, acarretaram um significativo aumento da litigiosidade, fazendo com que a jurisdição rompesse com o modelo tradicional e passasse a integrar-se mais diretamente no processo social. Preocupações sociais e inquietações de ordem política vêm levando a jurisdição ao desenvolvimento de uma renovada funcionalidade, que tem por bandeira a instrumentalidade do processo e por norte a efetividade do direito material, especialmente dos direitos fundamentais.

A judicialização da saúde pública, nessa perspectiva, termina sendo inevitável, por decorrer do atual modelo constitucional. Os casos mais complexos são aqueles que envolvem medicamentos — normalmente de alto custo — não registrados na ANVISA e os que reivindicam medicamentos com registro, mas ainda não incorporados pelo SUS. Para esses casos, que são os que dizem respeito às demandas envolvendo prestações não previstas no planejamento governamental e na legalidade ordinária, revelam-se pertinentes os questionamentos principiológicos e estruturais formulados pela doutrina, os quais exigem, por parte da jurisdição, a configuração de um modelo decisório e procedimental que assegure a integridade do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a exigência de respeito à legislação e à separação de poderes, de um lado, e de consideração sobre a organização administrativa, do impacto econômico-financeiro de decisões, de outro, aliada à análise da (in)capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com políticas públicas de saúde e do desnivelamento do acesso à justiça, com quebra da isonomia e do padrão de universalidade exigido nas prestações públicas de direitos sociais, confirmam a hipótese inicial desta pesquisa, no sentido de que essas prestações de saúde pública caracterizam-se como “litígios estruturais”.

Sendo assim, impõe-se redesenhar um novo modelo de resolução judicial dessas demandas, adaptando-o ao policentrismo de interesses e às outras dificuldades que decorrem da maioria desses processos, a exemplo da rotatividade dos agentes públicos responsáveis pela sua condução. Nessa perspectiva, observe-se que, diferentemente da lógica liberal do processo individual, o processo estrutural democrático, apesar de pressupor a proatividade judicial, reclama a ampla participação dos atores processuais, mediante equilibrado contraditório cooperativo, e da própria comunidade, por intermédio de *amicus curiae* e da realização de audiências públicas, afinal, todos os potencialmente afetados por uma decisão devem, igualmente, tomar parte no seu processo de discussão e deliberação.

Observe-se, neste particular, que a jurisdição, ao estimular a participação popular no processo, contribui para aperfeiçoar o processo do sistema político pelo qual a sociedade, por intermédio do Direito, manifesta seu consentimento aos poderes constituídos. Ademais, as audiências públicas são uma oportunidade para os governos demonstrarem o acerto e a suficiência da política pública de saúde questionada. Desse modo, valoriza-se o ideal republicano de atribuir importância à esfera pública como local de troca de razões, para exercer importante papel de supervisão sobre o funcionamento concreto das instituições politicamente formais.

O intuito desse procedimento, contudo, é a construção de medidas de consenso por meio de diálogos constitucionais interinstitucionais, atribuindo-lhes maior legitimidade jurídica, para transformar a realidade social em benefício da universalidade das prestações de saúde pública. Afinal, as instituições são legítimas na medida em que representam as pessoas e assim o fazem por intermédio de procedimentos dialógicos e deliberativos que estimulam o debate vigoroso e amplo.

A coletivização do processo, nessa perspectiva, revela-se fundamental, a fim de proporcionar um ambiente de interação deliberativa voltado a soluções compatíveis com a natureza metaindividual do conflito. Ademais, para que a finalidade seja atingida, e não haja indesejável estranhamento entre os poderes, a eventual decisão deve adotar remédios jurisdicionais flexíveis, negociados e prospectivos, sendo certo também que deve haver fiscalização posterior das metas e programas decisórios construídos, com ampla flexibilidade da técnica executiva.

É imperioso observar, nesse contexto, que a decisão só deve ser proferida, quando não for possível a realização de diálogos interinstitucionais. Apenas em casos de extrema urgência, por exemplo, deve-se conceder a tutela antecipada, considerando, dentre outros aspectos, o estudado paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”. A sentença coletiva estrutural, por seu turno, só deve ser proferida, quando se constatar, na localidade, que a política pública de saúde apresenta-se manifestamente inadequada, causando danos em larga escala à população, e isso, repita-se, se a solução mediadora não for possível. Nesse caso, a natureza estrutural do conflito reclama flexibilidade no cumprimento da sentença, inclusive com a realização de novos diálogos constitucionais interinstitucionais na fase executiva.

É nessa perspectiva que o juiz-dialógico apresenta-se como o modelo adequado para a solução das demandas por prestações de saúde pública, atuando como interlocutor social e democrático. Trata-se do juiz do diálogo, que, apesar de ser consciente dos reais problemas

que afligem a sociedade, só decide, nos temas complexos e estruturantes, nas excepcionais situações de evidente urgência. Trata-se de um juiz que, ao tempo em que respeita as partes e os direitos que cada uma delas titulariza no processo, considera a funcionalidade das instituições e a cláusula pétrea da separação de poderes.

Diante disso, o juiz-dialógico respeita a lei, pois é consciente de que, na democracia, há um paradoxo que circunda a atividade dos juízes. Nesse sentido, se, de um lado, a estes foram concedidos o direito de exercer a coerção e a força, por outro, eles devem conviver com a inevitável dúvida sobre sua legitimidade. Logo, o juiz-dialógico sabe que, como seus membros não foram eleitos pelo povo, contra o Judiciário pesa, invariavelmente, um ônus de argumentação, uma presunção de ilegitimidade de sua atuação, que só pode ser contornada por meio de uma atitude incondicional de respeito à legalidade e de uma justificação adequada para suas decisões. Trata-se de um juiz que sabe, portanto, que a legitimidade de uma decisão judicial não é atribuída ou concedida, mas conquistada por um exercício fiel e disciplinado da função jurisdicional que lhe foi confiada.

Ademais, o juiz-dialógico, considerando a historicidade dos institutos jurídicos, procura conjugar teorias hermenêuticas ao padrão decisório estabelecido pelas teorias da argumentação. Nessa perspectiva, além da análise do contexto e da tradição, procura enfrentar em suas decisões, sem perda do referencial de juridicidade, os argumentos lógicos, consequencialistas e de moralidade política, sem prejuízo da análise do padrão de universalidade exigível em qualquer decisão racional. Por outro lado, considerando esses aspectos, o juiz-dialógico, ciente de que o mínimo que se espera do Judiciário contemporâneo é que atue a favor da segurança jurídica, irradiando seus efeitos no Direito, na Economia e em outras áreas da vida, respeita o papel constitucional das Cortes Supremas e se posiciona adequadamente frente aos precedentes que delas são oriundos e norteiam a sociedade.

Especificamente no que concerne à judicialização da saúde, o juiz-dialógico, de logo, para afastar o argumento da “reserva do possível”, procura adotar uma interpretação restritiva do conceito de dignidade humana, que fundamenta o paradigma do “mínimo existencial”. É certo que a concepção de dignidade humana caracteriza-se pela multidimensionalidade e se trata de princípio estruturante e fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Nesse sentido, o Direito pode ser um instrumento de emancipação das pessoas, tornando-as cidadãs e, com efeito, sujeitos concretos que merecem consideração e respeito, jamais podendo ser tratadas como objeto da Política. Todavia, em virtude de sua alta indeterminação e vinculação a uma ordem de valores aberta e plural, é imperioso que, no processo de compreensão e aplicação do princípio da dignidade humana, não busque o juiz projetar em

seu conceito visões de mundo particulares, ideologicamente sectárias e condicionadas, no sentido de uma leitura meramente moralista. Por conta disso, impõe-se delimitar o seu conceito, atribuindo-o, para os casos de demandas judiciais por prestações de saúde pública, maior objetividade e, com efeito, margem para controle.

Desse modo, reconhece-se, neste estudo, que o art. 7º do PL 8.058/2014 peca pela amplitude, possibilitando a banalização do instituto e a prática de decisões arbitrárias, estimulando o casuísmo. Como a utilização indiscriminada de um conceito aberto pode gerar, como consequência mais nefasta e patente, a debilidade de sua força argumentativa, impõe-se procurar, no sistema jurídico, um critério adequado para orientar os juízes na superação do argumento da reserva do possível aduzido nas demandas por prestações de saúde pública. Propõe-se, nessa perspectiva, a partir de uma visão que impede interpretar que qualquer ser humano não pode ser tratado como uma mercadoria descartável, o paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, que pode ser analisado sob duas perspectivas: uma “negativa” e outra “positiva”.

Em sua perspectiva negativa, o mínimo existencial reclama do juiz uma avaliação acerca dos efeitos sob a saúde do paciente, na hipótese de negar o pedido. Se restar comprovado que o indeferimento da medida tende a causar “dano irreparável” (irreversível) ou de “difícil reparação”, a solução deve ser o deferimento. Sob o ângulo positivo do mínimo existencial, o juiz deverá analisar se o deferimento da medida acarretará, para o jurisdicionado, “significativa melhoria em sua qualidade de vida”, critério esse que normalmente é considerado nas ações judiciais que versam sobre tratamentos de doenças raras, crônicas ou genéticas, prolongados por natureza e, com efeito, economicamente mais dispendiosos.

É inegável que não há fechamento argumentativo, pois são conceitos indeterminados que se incorporam à noção de “mínimo existencial”, mas também é certo que esses *standards* decisórios, por permitirem um maior controle junto às demais instâncias judiciais, atraem para a expressão maior objetividade e racionalidade. Sendo assim, fora dos casos vinculados ao paradigma da “bipolaridade objetiva do mínimo existencial”, deve haver, por parte do juiz, deferência à solução previamente proposta pelo legislador, a menos que haja uma inconstitucionalidade clara ou evidente.

É notório que o paradigma da bipolaridade objetiva do mínimo existencial não deve ser analisado isoladamente. Outros aspectos devem ser aferidos na demanda individual, a começar pela análise da real existência de recursos disponíveis e do impacto ou das consequências financeiras da decisão sobre a continuidade na prestação dos serviços públicos

de saúde da localidade. Por outro lado, impõe-se ao juiz verificar se o contexto da prestação pretendida atentará contra o ideal de universalização e igualdade inerente aos direitos sociais. Ademais, deve o juiz aferir se o jurisdicionado dispõe de recursos próprios para arcar com o tratamento, pois, como o orçamento estabelece um limite, as prestações do sistema público de saúde devem ser priorizadas para os cidadãos economicamente hipossuficientes. Na mesma linha de raciocínio, deve o juiz dar preferência ao tratamento fornecido pelo governo, se for menos custoso aos cofres públicos. Dessa forma, o juiz deve dar preferência ao procedimento ofertado pelo governo, prestigiando-o em sua aptidão técnica, inclusive no que se refere à comprovação de eficácia da prestação pretendida, atestada pelo órgão oficial. Enfim, são diversos os fatores racionais que devem ser enfrentados pelo juiz no momento da decisão, principalmente fundada no imperativo da urgência.

Impõe-se reafirmar que esses parâmetros decisórios devem ser aferidos, inclusive, se for o caso, com o auxílio das novas tecnologias da informação (dados estatísticos, jurimetria etc.), nas hipóteses em que o diálogo interinstitucional esteja inviabilizado, normalmente por se tratar de uma situação de urgência em relação à tutela da saúde do jurisdicionado. Nesses casos, não se pode mais duvidar de que as tutelas sumárias de direito não se revestem mais de posição de excepcionalidade no sistema jurídico. Para as tutelas satisfativas, que podem ser viabilizadas pela técnica antecipatória, inclusive com possibilidade de estabilização, a busca pela coisa julgada material já não é mais uma imposição. Além disso, a possibilidade de obtenção de um provimento fundado na urgência faz parte da noção mínima de justo processo, constituindo uma garantia do cidadão também contra a Fazenda Pública, especialmente quando envolver a proteção da sua saúde.

Mas, não sendo o caso, a natureza estrutural e policêntrica desses conflitos impõe outra perspectiva procedimental, apontando para a coletivização, para possibilitar ao juiz a promoção de diálogos constitucionais, atuando como interlocutor social e democrático. Nesse ambiente, com a participação da sociedade e o auxílio de terceiros à disposição da justiça, o juiz tentará construir uma solução consensual que, enquanto evita maiores impactos político-financeiros que possivelmente seriam causados por uma eventual decisão condenatória à governabilidade, proporcione melhorias na prestação universal dos serviços.

Observe-se que o PL n° 8.058/2014 acolhe diversos “aspectos procedimentais” defendidos neste estudo. É certo, todavia, que, embora essa proposta legislativa não se transforme em legislação vinculante, é possível adotar esses aspectos procedimentais atualmente, mediante os poderes de gerenciamento processual do juiz e, principalmente, diante da possibilidade de adaptação procedimental negociada democraticamente com as

partes e instituições envolvidas no debate processual. As sugestões deste estudo, portanto, já podem ser adotadas de imediato, pois estão amparadas pelo sistema jurídico em vigor.

É certo também que o juiz-dialógico não vai resolver os problemas de saúde pública da sua região, mas a sua metodologia de trabalho pode acarretar melhorias em termos de prestações universalizáveis, sem prejuízo da atuação, na medida do possível, da máxima governabilidade. Em outras palavras, o reconhecimento da perspectiva estrutural dessas demandas não tem a pretensão de revolucionar o sistema público de saúde local, todavia, se os diálogos constitucionais e interinstitucionais, de algum modo, acarretarem melhorias na universalização da prestação dos serviços de saúde pública, a finalidade terá sido atingida. Afinal, em matéria de direitos sociais, como se sabe, a atuação estatal deve ser marcada pela “progressividade”, de modo que, em outro processo, é possível evoluir em relação ao anterior, e, com isso, certamente, haverá aprimoramento da própria democracia participativa e dos ideais republicanos. Eis a permanente missão do juiz-dialógico.

Enfim, diante de uma sociedade marcada pela desigualdade e pela exclusão social e em um contexto de sonhos, frustrações e expectativas na busca de um ideal — o funcionamento regular e compatível com as exigências constitucionais acerca das prestações de saúde pública —, espera-se que a finalidade deste estudo seja atingida: proporcionar o debate e romper paradigmas!

## REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ABRAMOVICH, Victor. “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación em la esfera política”. *Direito administrativo contemporâneo. Administração pública, justiça e cidadania: garantias fundamentais e direitos sociais*. Rodrigo Garcia Schwartz organizador. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ABBOUD, Georges. “Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo”. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. Lenio Luiz Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_; ROSSI, Júlio César. “Riscos da ponderação à brasileira”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 269, p. 109-138, jul. 2017.

\_\_\_\_\_; LUNELLI, Guilherme. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, 19-45, abr. 2015.

\_\_\_\_\_; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013.

ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23 jan./abr. 2014.

ADEODATO, João Maurício. “A OAB e a massificação do ensino jurídico”. *Educação jurídica*. Vladimir Oliveira da Silveira, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches e Mônica Benetti Couto organizadores. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. “A construção retórica do ordenamento jurídico – três confusões sobre ética e direito”. *Pensando direito: fundamentos filosóficos do direito*. Coordenação de Fides Angélica de Castro V. M. Ommati, Francisco Meton Marques de Lima e Sylvia Helena Nunes Miranda. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

\_\_\_\_\_. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGRA, Walber de Moura. “Direitos sociais”. *Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. “Limites à efetivação dos direitos fundamentais”. *Constituição e efetividade constitucional*. George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite coordenadores. Salvador: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. *Republicanism*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ALEXY, Robert. *O conceito e a natureza do direito*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria discursiva do direito*. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno organizador e tradutor. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

\_\_\_\_\_. *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. Organizadores Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. “Balancing, constitutional review, and representation”. *Oxford University Press and New York University School of Law*, vol. 3, n. 4, p. 272 – 281, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

\_\_\_\_\_. “As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015.

ALMEIDA, Leonardo Monteiro Crespo de; REGO, George Browne. “Pragmatismo jurídico e decisão judicial”. *Pensar*, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 404-429, mai./ago. 2015.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania. “Democracia deliberativa e construção de consenso”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de estado*. Tradução de Valter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. “Ações de saúde contra o poder público: ensaio de um roteiro decisório”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 333-369, set. 2016.

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito processual civil* (coleção estudos e pareceres – II). Vol. 3. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. “Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 97, p. 51-106, jan./mar. 2000.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. “A raiz constitucional da antecipação de tutela”. *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Coordenadores Humberto Theodoro Júnior e Maira Terra Lauer. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

AMARAL, Francisco. “O Direito Civil na pós-modernidade”. *Direito Civil: atualidades*. Coordenação de César Fiuza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do cpc e outras*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_; MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos?”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “esecuzione forzada” nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983.

ANDRADE, Érico. “A técnica processual da tutela sumária no direito italiano”. *Revista de Processo*, ano 35, n. 179, São Paulo, RT, p. 175-215, jan. 2010.

ANDREWS, Neil. “Case management and procedural discipline in England & Wales: fundamentals of an essential new technique”. *Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties*. C.H. van Rhee and Fu Yulin editors. New York / London: Springer, 2014.

\_\_\_\_\_. “Relações entre a corte as partes na era do *case management*”. Traduzido por Fernanda Medina Pantoja, Marcela Kohlbach Faria e Paula Bezerra de Menezes. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 217, p. 181-202, mar. 2013.

\_\_\_\_\_. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. “Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 192, fev. 2011.

\_\_\_\_\_. “A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica”. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 186, p. 299-312, ago. 2010.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. “A fosfoetanolamina sintética: uma proposta de reflexões sobre o paternalismo exacerbado do poder judiciário na área do direito à saúde”. *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. Werson Rêgo coordenador. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

\_\_\_\_\_. “Recursos repetitivos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 185, p. 265-281, jul. 2010.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

AQUINI, Marco. “Fraternidade e direitos humanos”. *O princípio esquecido / 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

ARAGÃO, Egas Moniz Dirceu de. “Procedimento, formalismo e burocracia”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 67, n. 1, p. 114-125, jan./mar. 2001.

\_\_\_\_\_. “O processo civil no limiar de um novo século”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 89, vol. 781, p. 51-70, nov. 2000.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. “Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_. “Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 211-228, jul./dez. 2015.

\_\_\_\_\_. “Tutelas sumárias, tutelas de urgência e o pensamento de Alcides Munhoz da Cunha”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 241, p. 205-217, mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. “Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

\_\_\_\_\_. “A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros”. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. “Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Fabiano Molhano. “Ativismo judicial e seus usos na mídia brasileira”. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 40, p. 34-64, jan./jun. 2012.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 CPC*. 2. ed. Padova: Cedam, 1985.

ARMELIN, Donald. “Tutela jurisdicional diferenciada”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 17, n. 65, p. 45-55, jan./mar. 1992.

AROCA, Juan Montero. “Prova e verdade no processo civil: contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas”. *Processo civil nas tradições brasileira e ibero-americana*. Coordenadores Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro. Florianópolis: Conceito, 2014.

\_\_\_\_\_. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria”. *Proceso civil e ideología*. Juan Montero Aroca coordenador. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

\_\_\_\_\_. *La prueba en el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Análisis crítico de la ley de enjuiciamiento civil e en su centenario*. Madrid: Civitas, 1982.

ARRUDA, Thaís Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo – USP. Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior. São Paulo, 2011, 287p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. “O ‘fundamento do direito’: entre o direito natural e a dignidade da pessoa”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra*, vol. LII, n. 1 e 2, p. 29-43, 2011.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral (institutos fundamentais)*. Vol. 2. Tomo I. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *Processo civil brasileiro. Parte geral (institutos fundamentais)*. Vol. 2. Tomo II. São Paulo: RT, 2015

\_\_\_\_\_. “Espécies de medidas de urgência”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ATIENZA, Manuel. “A propósito do novo código de processo civil brasileiro”. Tradução de Roberta Simões Nascimento. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 3-15, set./dez., 2017.

\_\_\_\_\_. *O direito como argumentação*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014.

\_\_\_\_\_. *O sentido do direito*. Tradução de Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar, 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.

\_\_\_\_\_. “O argumento de autoridade no direito”. Tradução de André Rufino do Vale. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 17, n. 2, p. 144-160, mai./ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993.

AURELLI, Arletti Inês. “Normas fundamentais no código de processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 271, p. 19-47, set. 2017.

ÁVILA, Humberto. “Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo”. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, Dialética, v. 29, p. 181-204, 2013.

\_\_\_\_\_. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

AVRITZER, Leonardo. “Teoria democrática e deliberação pública”. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 50, p. 25-46, 2000.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. “O processo estrutural como instrumento adequado de controle de políticas públicas (uma análise empreendida à luz das experiências jurisdicionais argentina, colombiana e brasileira perante a crise do sistema prisional)”. *Revista de Processo Comparado – RPC*. São Paulo, RT, ano 3, n. 6, p. 49-79, jul./dez. 2017.

AZZARITI, Gaetano. “Verso un governo dei giudice? Il ruolo dei giudice comunitari nella costruzione dell’Europa politica”. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, p. 3-28, 2009.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Tradução de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle judicial das políticas públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAGGIO, Antonio Maria. “Fraternidade e reflexão palitológica contemporânea”. *O princípio esquecido / 2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

\_\_\_\_\_. “A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos”. *O princípio esquecido / 2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

\_\_\_\_\_. “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro 1789’”. *O princípio esquecido / 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BALKIN, Jack M. *What Brown v. Board of Education Should Have Said: the Nation’s Top Legal Experts Rewrite America’s Landmark Civil Rights Decision*. New York / London: New York University Press, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: apontamentos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. “Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas”. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 15, p. 59-85 jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. “O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_.; SOUZA, Fábio; MELLO, Humberto Laport de; FLORENTINO, Juliana; SOUZA, Sérgio de; BIANCO, Tércio. “Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 457-483, mai./ago. 2017.

\_\_\_\_\_. “Constitucionalização de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BATEUP, Christine. “The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

\_\_\_\_\_. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARIONI, Rodrigo. *Ação rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: RT, 2010.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPODVIM, 2017.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. “Fundamentos morais do estado democrático de direito”. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos (Mestrado e Doutorado), n. 10. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. “Reflexões sobre os direitos sociais”. *Direitos fundamentais sociais: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. “A função representativa e majoritária das cortes constitucionais”. *Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Alexandre de Moraes da Rosa, André Karam Trindade, Clarissa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. “A razão sem voto: o supremo tribunal federal e o governo da maioria”. *Jurisdição Constitucional e Política*. Coordenação de Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. “A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARZOTTO, Luis Fernando. “Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade”. *Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 219-260, jul./dez. 2007.

BASS, Jack. *Unlikely heroes*. Tuscaloosa, AL: University Alabama Press, 1990.

BASTOS, Antonio Adonias A. “A estabilidade das decisões como elemento constitutivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 227, p. 308-311, jan. 2014.

BASTOS, Ronaldo. *O conceito de direito em Marx*. Porto Alegre: SAFE, 2012.

BAUERMANN, Desirê. *Cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer: estudo comparado – Brasil e Estados Unidos*. Porto Alegre: SAFE, 2012.

BAUM, Laurence. *A Suprema Corte americana*. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BEALE JR., Joseph H. “Contempt of court, criminal and civil”. *Harvard Law Review*, vol. XXI, n. 3, p. 161-174, Jan. 1908.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?”. *Garantismo processual: garantais constitucionais aplicadas ao processo*. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid coordenadores. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

\_\_\_\_\_. “Tutela provisória”. *Revista do Advogado*, AASP, ano XXXV, n. 126, p. 137-142, mai. 2015.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito e processo: a influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: RT, 2017.

BENETI, Sidnei Agostinho. “O processo na suprema corte dos Estados Unidos”. *Revista dos Tribunais*, RT, ano 82, vol. 695, p. 270-274, set. 1993.

BENVINDO, Juliano Zaiden. “A ‘última palavra’, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. “A constituição invertida: a suprema corte americana no combate à ampliação da democracia”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.

\_\_\_\_\_; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. “Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC nº 33/2011”. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 787-803, set./dez. 2013.

\_\_\_\_\_. “Constituição e política: uma relação difícil”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BERIZONCE, Roberto Omar. “Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 37-70, dez. 2010.

\_\_\_\_\_; VERBIC, Francisco. “Control judicial de políticas públicas (a propósito de um projecto de ley brasileiro)”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 56, p. 106-121, set./out. 2013.

BERKOWITZ, Elizabeth. “The Problematic Role of the Special Master: Undermining the Legitimacy of the September 11<sup>th</sup> Victim Compensation Fund”. *Yale Law & Policy Review*, vol. 24, n. 1, p. 1-41, 2006.

BIAVATI, Paolo. “Flexibilidade, simplificação e gestão do processo civil: a perspectiva italiana”. Tradução de Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2016.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2nd. New Heaven: Yale University Press, 1986.

BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. “Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde”. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 173-192, jan./mar. 2016.

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

\_\_\_\_\_. “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo”. *Interesses públicos versus interesses privados*:

*desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Daniel Sarmento organizador. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. “Vinculação da administração pública ao mínimo existencial”. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Luísa Cristina Pinto e Netto e Eurico Bitencourt Neto coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3. ed. mod. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLANCA, Pastor; GINDERACHTER, Eric Van. “La procédure en référé”. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, année 25, n. 4, p. 561-621, oct./déc. 1989.

BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Unesp, 2016.

\_\_\_\_\_. *Qual democracia?* Tradução de Marcelo Perine. São Paulo: Loyola, 2014.

\_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela da evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto do novo CPC*. São Paulo: RT, 2013.

BONATO, Giovanni. “A estabilização da tutela antecipada de urgência no código de processo civil brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália)”. Tradução de Alexandre Minatti e Guilherme Tambarussi Bozzo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 273, p. 191-253, nov. 2017.

\_\_\_\_\_. “O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano”. *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Eid coordenadores. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

\_\_\_\_\_. “As reformas da execução no processo civil italiano”. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra coordenadores. Salvador, JusPODVIM, 2016.

\_\_\_\_\_. “Os *référés*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 217-239, dez. 2015.

\_\_\_\_\_. “I *référé* nell’ordinamento francese”. *La tutela sommaria in Europa: studi*. A cura di Antonio Carratta. Napoli: Jovene, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. “Os fundamentos teóricos da democracia participativa”. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. “A dignidade da pessoa humana”. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. “Os direitos fundamentais e a globalização”. *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. Organizador George Salomão Leite. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONE, Robert. G. “Party rulemaking: making procedural rules through party choice”. *Texas Law Review*, vol. 90, p. 1329-1398, 2012.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo cpc*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. “Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 269, p. 139-149, jul. 2017.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOTELHO, Guilherme. “Os poderes processuais do juiz em perspectiva comparada”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 243, P. 483-504, mai. 2015.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BOVE, Mauro. “La misura coercitiva di cui all’art. 614-bis c.p.c”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIV, n. 3, p. 781-793, sett. 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. “A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 263, p. 175-220, mai./ago. 2013.

\_\_\_\_\_. “Entre a anarquia e o estado de bem-estar social: aplicações do Libertarianismo à filosofia constitucional”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 2ª Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. “Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas”. *Judicialização da saúde: a visão do executivo*. Coordenação de Maria Paula Dallari Bucci e Clarice Seixas Duarte. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos para uma teoria das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. “Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites”. *Direitos humanos, democracia e república*. Estudos em homenagem a Fábio Konder Comparato. Organização de Maria Victoria de Mesquita Benevides, Gilberto Bercovici e Claudineu de Melo. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. “Da intervenção de terceiros. Comentários aos arts. 119-138 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Cassio Scarpinella Bueno coordenador. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. “A tutela provisória de urgência do CPC de 2015 na perspectiva dos diferentes tipos de *periculum in mora* de Calamandrei”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 269, p. 271-290, jul. 2017.

\_\_\_\_\_. “Tutela provisória contra o poder público no CPC de 2015”. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno, Elias Marques de Medeiros Neto, Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira e Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Manual de interpretação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução de e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

\_\_\_\_\_. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

BUONCRISTIANI, Dino. “Sistema dei ‘référés’: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pre-giudizio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 2, p. 575-600, giu. 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “A justiça como procedimento”. *Dimensões políticas da justiça*. Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimaraes e Holoísa Starling organizadores. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

\_\_\_\_\_. “Sobre o caráter argumentativo do direito: uma defesa do pós-positivismo de MacCormick”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 106, p. 265-313, jan./jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPODVIM, 2016.

\_\_\_\_\_. “Do *amicus curiae*. Comentários ao art. 138 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. “Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): ‘mediação sem mediador’”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 259, p. 471-489, set. 2016.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

\_\_\_\_\_. “A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 221, p. 13-48, jul. 2013.

\_\_\_\_\_. “Princípio do contraditório”. *Dicionário de princípios jurídicos*. Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flávio Galdino organizadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

\_\_\_\_\_. “Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 404, p. 3-42, jul./ago. 2009.

\_\_\_\_\_. “Os efeitos processuais da audiência pública”. *RDE – Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro – RJ, Renovar, ano 1, n. 2, p. 199-213, abr./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. “Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro imparcial. Uma análise dos institutos interventivos similares – O *amicus curiae* e o *Vertreter des öffentlichen Interesses*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*. Atlas, 2009.

CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*. Tradutores Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010.

\_\_\_\_\_. “Les conventions relatives au procès en droit français: sur la contractualisation du règlement des litiges”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 33, n. 160, p. 61-82, jun. 2008.

\_\_\_\_\_. “Complessità e riforme del processo civile francese”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 4, p. 1303-1326, dic. 2008.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CALABRESI, Guido. *A Common Law for the age of statutes*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

\_\_\_\_\_. “Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts”. *Yale Law Review*, vol. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia: conferências realizadas na faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

\_\_\_\_\_. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

\_\_\_\_\_. “O processo como jogo”. Tradução de Roberto B. Del Claro. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 23, p. 191-209, jan./mar. 2002.

\_\_\_\_\_. *Proceso y democracia*. Traducción del Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: EJEJA, 1960.

\_\_\_\_\_. “Verità e verosimiglianza nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, vol. 10, n. 1, p. 164-192, gen./dic. 1955.

\_\_\_\_\_. “Il giudice e lo storico”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, vol. XVI, p. 105-128, 1939.

\_\_\_\_\_. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

\_\_\_\_\_. *La cassazione civile*. Vol. I (Storia e Legislazioni). Milano: Fretelli Bocca, 1920.

\_\_\_\_\_. *La cassazione civile*. Vol. II (Disegno Generali Dell'istituto). Milano: Fretelli Bocca, 1920.

CALDO, Diego Santiago y. “O ideal controle jurisdiccional de políticas públicas e o novo código de processo civil”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, Síntese, n. 97, p. 507-523, set./dez. 2015.

CALIENDO, Paulo. “Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. “A eficácia da execução e a eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis”. *Execução civil e temas afins – do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim, Gilberto Gomes Bruschi, Mara Larsen Chechi e Mônica Bonetti Couto coordenadores. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMARGO, Margarida Lacombe. “A nova hermenêutica”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicial*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_; PITTA, Rafael Gomiero. “Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 245, p. 425-444, jul. 2015.

\_\_\_\_\_; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. “Precedentes vinculantes”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 215, p. 207-246, jan. 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2003.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *A teoria da alteridade jurídica: em busca do conceito de Direito em Emmanuel Lévinas*. São Paulo: Perspectiva, 2016.

CAMPBELL, Joseph. *O poder do mito*. Tradução de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Palas Athena, 1990.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

\_\_\_\_\_. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. José Eduardo Faria organizador. 1. ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Patrícia Perrone. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANELLA, Maria Giulia. “Gli accordi processuali francesi volti alla ‘regolamentazione collettiva’ del processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, anno LXIV, n. 2, p. 549-580, giu. 2010.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. “O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle de políticas públicas”. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANO B., Luisa F. “El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia”. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, vol. 33, n. 1, p. 111-120, ene./abr. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política”. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas/FGV, n. 245, p. 87-95, mai./ago. 2007.

\_\_\_\_\_. “Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva”. *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Jorge Miranda organizador. Vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1996.

CAPLAN, Luciana. “Direitos sociais da Constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica”. *Direitos Sociais na Constituição de 1988: uma análise vinte anos depois*. Cláudio José Montesso, Marco Antônio de Freitas e Maria Coêlho Borges Stern coordenadores. São Paulo: LTr, 2008.

CAPONI, Remo. “Processo e complexidade”. Tradução de Michele Pedrosa Paumgarten. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 280-296, 2017.

\_\_\_\_\_. “Rigidità e flessibilità del processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXXI, n. 6, p. 1442-1458, nov./dic. 2016.

\_\_\_\_\_. “Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição”. Tradução de Michele Pedrosa Paumgarten. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro – RJ, ano 10, vol. 17, n. 2, p. 531-549, jul./dez. 2016.

\_\_\_\_\_. “Il processo civile telematico tra scrittura e oralità”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIX, fasc. 1, p. 305-313, 2015.

\_\_\_\_\_. “Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 228, p. 359-375, fev. 2014.

\_\_\_\_\_. “Piero Calamandrei e la Tutela Cautelare”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXVII (Seconda Serie), n. 5, p. 1250-1257, sett./otto. 2012.

\_\_\_\_\_. “Contro il nuovo filtro in apelo e per un filtro in cassazione nel processo civile”. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, anno LVII, fasc. 2, p. 1539-1556, mar./apri. 2012.

\_\_\_\_\_. “Dialogo tra Corti: alcune ragioni di um successo”. *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell’ordine politico e istituzionale: dialogo di diritto comparato*. A cura di Vittoria Barsotti e Vincenzo Varano. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

\_\_\_\_\_. “La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale nell’ordinamento italiano”. *Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Donaldo Armelin coordenador. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 99-119, sett. 2008.

\_\_\_\_\_. “Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela”. *Rivista di diritto processuale*, Padova, Cedam, anno LXIII (seconda serie), n. 5, p. 1205-1225, set./out. 2008.

\_\_\_\_\_. “Note in tema di poteri probatori delle parti del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno LII, n. 4, p. 523-548, lug./ago. 2006.

\_\_\_\_\_; PISANI, Andrea Proto. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução, revisão e notas de Hermes Zaneti Júnior. Vol. II. Porto Alegre: SAFE, 2010.

\_\_\_\_\_. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Il Mulino, 1994.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1993.

\_\_\_\_\_. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1989.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: SAFE, 1984.

\_\_\_\_\_. “Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XXXVI, n. 3, p. 774-792, sett. 1982.

CÁRCOVA, Carlos María. *As teorias jurídicas pós-positivistas*. Tradução de Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito – Letramento, 2016.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. Dover: Dover Publications, 2012.

\_\_\_\_\_. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. Revisão técnica da tradução por Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956.

\_\_\_\_\_. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CARNEIRO, Walber Araújo. “Escassez, eficácia e direitos sociais”. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA*, Salvador, vol. 11, p. 371-388, jan./dez. 2004.

CARNELUTTI, Francesco. “Verdade, dúvida e certeza”. Tradução de Eduardo Cambi. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 09, p. 606-609, jul./set. 1998.

\_\_\_\_\_. “Giuoco e processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, v. VI, p. 101-111, 1951.

\_\_\_\_\_. *Sistema di Diritto Processuali Civile*. Vol. 1. Padova, Cedam, 1936.

\_\_\_\_\_. “Lineamenti della riforma del processo civile do cognizione”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, v. 6, n. 1, p. 3-81, 1929.

CARPI, Federico. “Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LIV, n. 1, p. 105-126, mar. 2000.

\_\_\_\_\_. “Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 1, p. 110-122, mar. 1988.

CARRATTA, Antonio. “Função e estrutura da tutela jurisdicional sumária”. Tradução de Alexandre Del Rios Minatti. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Coordenadores Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra. Salvador: JusPODVIM, 2016.

\_\_\_\_\_. “Dovere di verità e completezza nel processo civile” (parte seconda). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Cedam, anno LXVIII, n. 2, p. 491-522, giu. 2014.

\_\_\_\_\_. “Dovere di verità e completezza nel processo civile” (parte prima). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Cedam, anno LXVIII, n. 1, p. 47-76, mar. 2014.

\_\_\_\_\_. “Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatório”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LVI, n. 1, p. 73-103, gen./mar. 2001.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. “Justiça social e saúde: o controle judicial de políticas públicas”. *Revista Videre*, Dourados – MS, v. 8, n.16, p. 22-44, jan./jun. 2016.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e direito alternativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 23. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013.

CASEIRO, Luciano. *Lide cautelar*. São Paulo: LEUD, 1996.

CASSESE, Sabino. *Crise do estado*. Tradução de Ilse Paschoal Moreira e Fernanda Lancucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASTELO, Fernando Alcântara. “Direito à saúde e decisões estruturais: por uma judicialização mais racional e eficiente”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 274, p. 317-342, dez. 2017.

CASTIEL, Luis David; PÓVOA, Eduardo Conte. “Medicina baseada em evidências: ‘no paradigma assistencial e pedagógico’? *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*. Botucatu, vol. 6, n. 11, p.117-132, ago. 2002.

CASTRO, Marcus Faro. “Novas perspectivas jurídicas sobre as reformas das políticas públicas no Brasil”. *Direito UnB*, Brasília – DF, vol. 1, n. 1, p. 32-64, jan./jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Formas jurídicas e mudança social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. “A jurisprudência como fonte do direito”. *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Coordenador Donald Armelin. São Paulo: RT, 2010.

CAÚLA, César. “Judicialização da saúde. O que deve mudar em face da lei nº 12.401/2011”. *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. Salvador: JusPODVIM, 2010.

CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPODVIM, 2015.

CAVALLONE, Bruno. “In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV, n. 1, p. 1-26, jan./fev. 2010.

CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil*. São Paulo: RT, 2017.

CHAINAIS, Cécile. *La protection jurisdictionnelle provisoire dans le procès civil en Droit français et italien*. Paris: Dalloz, 2007.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York / London: New York University Press, 2005.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_. “El rol del juez en el litigio de interes público”. Traducción al español de Olivia Minatta y Francisco Verbic. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 268, p. 143-188, jun. 2017.

\_\_\_\_\_. “The role of the judge in public law litigation”. *Harvard Law Review*, vol. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976.

CHEVALLIER, Jacques. *O estado de direito*. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHIARLONI, Sergio. “L’esecuzione indireta al sensi dell’art. 614-bis do CPC: confini e problemi”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, vol. 1, p. 223-236, jan./jun. 2015.

\_\_\_\_\_. “Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 228, p. 325-338, fev. 2014.

\_\_\_\_\_. “Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e ‘formalismo delle garanzie’”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 83-93, out. 2012.

\_\_\_\_\_. “Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Cedam, anno LXIII, supplemento al n. 4, p. 101-120, dic. 2009.

\_\_\_\_\_. “Il rito societario a cognizione piena: un modello processuale da sopprimere”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 3, p. 865-874, sett. 2006.

\_\_\_\_\_. “Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LV, n. 4, p. 1010-1034, ott./dic. 2000.

\_\_\_\_\_. “Nuovi modelli processuali”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno XXXIX, n. 2, p. 269-291, mar./apr. 1993.

CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Heleno Taveira Torres e Henrique Mello tradutores. São Paulo: Contracorrente, 2017.

\_\_\_\_\_. “A filosofia do precedente: reconstrução racional e análise conceitual”. Tradução de Thiago Pádua. *Universitas JUS*, v. 27, n. 1, p. 63-79, 2016.

\_\_\_\_\_. “Il fascino discreto della *common law*. Appunti sulla ‘rilevanza’ dei precedenti giudiziari”. *I metodi della giustizia civile*. A cura di Mario Bessone, Elisabetta Silvestri e Michelle Taruffo. Padova, Cedam, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

\_\_\_\_\_. *La giurisprudenza civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999.

\_\_\_\_\_. “Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto”. *Filosofi del Diritto Contemporanei*. A cura di Gianfrancesco Zanetti. Milano: Raffaello Cortina, 1999.

CHIARLONI, Sergio. “Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Cedam, anno LXII, vol. 63, n. 4 (extra), p. 101-120, dic. 2009.

\_\_\_\_\_. “Il rito societario a cognizione piena: un modello processuale da sopprimere”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 3, p. 865-874, sett. 2006.

\_\_\_\_\_. “Nuovi modelli processuali”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno XXXIX, n. 2, p. 269-291, mar./apr. 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Vol. I. Napole: Jovene, 1960.

\_\_\_\_\_. “Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno”. *Saggi di diritto processuale (1900-1930)*. Vol. 1. Roma: Foro Italiano, 1930.

\_\_\_\_\_. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. riv. e aum. Napole: Jovene, 1920.

CHIZZINI, Augusto. “Privato e pubblico nella ripartizione dei ruoli processuali: I poteri dell'interveniente adesivo”. *Rivista di diritto civile*, Padova, anno XLII, v. 42, n. 3, p. 335-365, mag./giu. 1996.

CHUEIRI, Vera Karan de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. “Coerência, integridade e decisões judiciais”. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 43, n. 4, p. 177-197, 2000.

CIANCI, Mirna. “A estabilização da tutela antecipada como forma de desaceleração do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 249-261, set. 2015.

CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello stato democratico (Saggi)*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2006.

\_\_\_\_\_. “Il processo civile italiano: tra efficienza e garanzie”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LVI, n. 4, p. 1243-1261, dic. 2002.

\_\_\_\_\_. “Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, n. 4, p. 968-1004, 1995.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. “Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia”. *Alceu*, v. 5, n. 9, p. 105-113, jul./dez. 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. “Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica”. *Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz*

Streck. Alexandre Morais da Rosa, André Karam Trindade, Clarissa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_.; LORENZETTO, Bruno Menezes. “Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *O direito e os direitos: elementos para uma teoria crítica do direito contemporâneo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. “A eficácia dos direitos fundamentais sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 14, vol. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

\_\_\_\_\_. “The problem of social cost”. *Journal of Law and Economic*, vol. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. 1. ed. 3ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Para entender Kelsen*. 2. ed. 2ª tir. São Paulo: Max Limonad, 1997.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. “O Anteprojeto de Código de Processo Civil: a busca por celeridade e segurança”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 185, p. 145-150, jul. 2010.

COITINHO, Denis. *Justiça e coerência: ensaios sobre John Rawls*. São Paulo: Loyola, 2014.

COLE, Charles D. “*Stare decisis* na cultura dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*”. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, n. 752, p. 11-21, jan./jun. 1998.

COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*. Traducción de Pablo Larrañaga. México: Fontamara, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *A afirmação história dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Valori etici e ideologie del ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LII, n. 3, p. 887-938, sett. 1998.

\_\_\_\_\_. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVIII, n. 1, p. 1063-1111, mar. 1994.

CONSOLO, Claudio; RIZZARDO, Dora. “Due modi di mettere le azione collettive alla prova: Inghilterra e Germania”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, anno LX, n. 3, p. 891-914, sett. 2006.

COQUET, Jean-Claude. *A busca do sentido: a linguagem em questão*. Tradução de Dilson Ferreira Cruz. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. Tradução de Marcos Macionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ética mínima: introdução à filosofia prática*. Tradução de Marcos Macionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

COSTA, Alexandre Araújo. “Judiciário e interpretação: entre direito e política”. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. “Da tutela provisória. Comentários aos arts. 294-311 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. “Calendarização processual”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015.

\_\_\_\_\_. “A ‘execução negociada’ de políticas públicas em juízo”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 25-56, out. 2012.

\_\_\_\_\_. “Sentença cautelar, cognição e coisa julgada: reflexões em homenagem à memória de Ovídio Baptista”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 191, p. 357-376, jan. 2011.

COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba, UFPR, 2012.

COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existência: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

COURTIS, Christian. “Políticas sociais, programas sociais e direitos sociais”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Vol. 1. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

COSTA, Susana Henriques. “A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.

CRAVO, Daniela Copetti. “Argumentos consequencialistas: legitimidade ou arbitrariedade?”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 17, n. 102, p. 85-98, jul./ago. 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. “A Teoria da Ponderação de Princípios na Encruzilhada do Decisionismo Judicial: limita-me ou te devoro!”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 75, p. 219-242, abr. 2017.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. “Uma nova alternativa para o direito brasileiro: o procedimentalismo”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CRUZ JR., Ademar Seabra da. *Justiça como equidade: liberais, comunitarista e a autocrítica de John Rawls*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. “Parâmetros para a judicialização do direito à saúde”. *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Estudos em homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Claudio Lembo, Mônica Herman Caggiano e Manoel Carlos de Almeida Neto coordenadores. São Paulo: RT, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13. ed. refor. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. “A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 233, p. 65-84, jul. 2014.

\_\_\_\_\_. “Tutela jurisdicional de urgência no Brasil: relatório nacional (Brasil)”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 219, p. 307-343, mai. 2013.

\_\_\_\_\_. “O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2009.

DAHL, Robert. A. *A constituição norte-americana é democrática?* Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

\_\_\_\_\_. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Edusp, 2015.

\_\_\_\_\_. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. “Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais”. Tradução Grupo Primacy Translations. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 252, p. 25-43, set./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DALFINO, Domenico. “Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 3, p. 907-941, sett. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do estado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; CARVALHO, Délton Winter. “O estado democrático de direito ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios”. *Pensar*, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 468-492, mai./ago. 2013.

DAMASKA, Mirjan R. “I due tipi di stato e gli scopi del processo”. Traduzione di Andrea Giussani. *I metodi della giustizia civile*. A cura di Mario Bessone, Elisabetta Silvestri e Michelle Taruffo. Padova, Cedam, 2000.

\_\_\_\_\_. *The faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DANTAS, Bruno. “Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 251, p. 341-358, jan. 2016.

DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DEMO, Pedro. *Participação é conquista: noções de política social*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

DENTI, Vittorio. “Francesco Carnelutti e le riforme del processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno L, n. 2, p. 407-417, giu. 1996.

\_\_\_\_\_. “Il processo di cognizione nella storia delle riforme”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVII, n. 3, p. 805-816, sett. 1993.

\_\_\_\_\_. “Calamandrei e gli studi sul processo civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVI, n. 2, p. 397-405, giu. 1992.

\_\_\_\_\_. “I procedimenti camerale come giudizio sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLIV, n. 4, p. 1097-1110, dic. 1990.

\_\_\_\_\_. *La giustizia civile: lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989.

\_\_\_\_\_. “Giustizia e partecipazione dei nuovi diritti”. “Democracia, participação e processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

\_\_\_\_\_. “Il ruolo dei giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XXXVIII, n. 2, p. 726-740, sett. 1984.

\_\_\_\_\_. “L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civile contemporanei”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XX, n. 1, p. 32-70, 1965.

DERANI, Cristiane. “Política pública e norma política”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 41, p. 19-28, 2004.

DEYONG, Shen. “Chinese judicial culture: from tradition to modernity”. *Brigham Young University Journal of Public Law*, vol. 25, n. 1, p. 131-141, 2011.

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. “Medicina baseada em evidências da jurisprudência relativa ao direito à saúde”. *Einstein*, São Paulo, vol. 14, n. 1, p. 1-5, jan./mar. 2016.

DIDIER Jr., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. “Negócios jurídicos processuais atípicos e execução”. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, n. 275, p. 193-228, jan. 2018.

DIDIER Jr., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 4. ed. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil (meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais)*. Vol. 3. 14. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. Vol. 5. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_. “Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015”. *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, RT, ano 1, vol. 1, p. 59-84, abr./jun. 2016.

\_\_\_\_\_; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Vol. 4. 10. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODVIM, 2016.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2015.

\_\_\_\_\_. “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015.

\_\_\_\_\_. “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. “Distinção entre tutela antecipada e tutela cautelar”. *Temas atuais das tutelas diferenciadas*. Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin. Coordenação de Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. “Definição e características dos direitos fundamentais”. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “O novo código de processo civil brasileiro e a ordem processual civil vigente”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 63-103, set. 2015.

\_\_\_\_\_; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. “Processo civil comparado”. *Revista dos Tribunais*, RT, ano 95, vol. 345, p. 19-28, jan./mar. 1999.

DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. 2nd. ed. St. Paul: West Publishing Company, 1993.

\_\_\_\_\_. “Contempt of court a survey”. *Cornell Law Review*, Vol. 56, n. 2, p. 188-284, Jan. 1971.

DIXON, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconômicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

\_\_\_\_\_. “Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited”. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford Journals, vol. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

DODGE, Jaime. “The limits of procedural private ordering”. *Virginia Law Review*, vol. 97, n. 4, p. 723-799, jun. 2009.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DRAGO, Roland. “La procédure de référé devant le Conseil d’Etat”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et a L’étranger*. Paris, n. 20, p. 297-316, 1953.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. 3. ed. São Paulo: UNESP, 2011.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: RT, 2013.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Alves, Jaime Clasen e Lúcia Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. “Processo modular: o resgate da verossimilhança como instrumento de reforma processual”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Freedom's law: the moral reading of the America Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EDWARD D., Re. “Stare decisis”. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 19, n. 73, p. 47-54, jan./mar. 1994.

EISENBERG, José. “Pragmatismo jurídico”. *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_; POGREBINSCHI, Thamy. “Pragmatismo, direito e política”. *Novos Estudos Cebrap*, n. 62, p. 107-121, mar. 2002.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

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

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FABBI, Alessandro. “Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense”. *Scritti in onore di Nicola Picardi*. A cura di Antonio Briguglio, Roberto Martino, Andrea Panzarola e Bruno Sassani. Tomo I. Pisa: Pacini Giuridica, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. “O juiz e o poder”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 11, n. 31, p. 39-40, jul. 1984.

FACHIN, Luiz Edson. “Entre duas modernidades: a Constituição da *persona* e o mercado”. *Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Organização de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Roberto Fragale Filho e Ronaldo Lobão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. “A sentença em perspectiva comparada: estilos norte-americano, francês e italiano em confronto”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 235, p. 407-434, set. 2014.

\_\_\_\_\_. “O poder judiciário no mundo contemporâneo”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXIV, n. 108, p. 139-165, dez. 2007.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Coordinado por César Rodríguez Garavito. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. “Contribuições do princípio da fraternidade para a normatividade constitucional”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. “O princípio da fraternidade e o constitucionalismo moderno: uma nova possibilidade de leitura das constituições contemporâneas”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARALLI, Carla. *La filosofia del diritto contemporanea: i temi e le sfide*. 9. ed. Bari: Laterza, 2010.

\_\_\_\_\_. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FARENA, Duciran Van Marsen. “Efetivação e limites do direito à saúde: orçamento e reserva do possível”. *Parahyba Judiciária – Revista da Justiça Federal*, João Pessoa, ano 9, n. 9, p. 166-189, set. 2015.

FARIA, Cláudia Feres. “Democracia deliberativa e justiça”. *Dimensões políticas da justiça*. Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimaraes e Holoísa Starling organizadores. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPODVIM, 2016.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. “Introdução: o judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico”. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. José Eduardo de Faria organizador. 1. ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. “O judiciário e seus dilemas”. *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 56, p. 64-67, set. 1999.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: RT, 2017.

FARRELL, Margaret G. “The function and legitimacy of special masters”. *Widener Law Symposium Journal*, vol. 2, p. 235-297, 1997.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova, Cedam, 1989.

\_\_\_\_\_. “La sentenza in rapporto alla struttura e all’oggetto del processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno XL, n. 2, p. 430-434, giu. 1986.

\_\_\_\_\_. “Giudici, diritto, storia”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XXXVI, n. 3, p. 757-772, sett. 1982.

FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2016.

FEITOSA, Enoque. *O discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação*. Recife: UFPE, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”*. São Paulo: LTr, 2016.

FENSTERSEIFER, Tiago. “O controle judicial de políticas públicas destinadas à efetivação do direito fundamental das pessoas necessitadas à assistência judiciária integral e gratuita”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 198, p. 95-126, ago. 2011.

FERES JÚNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria política contemporânea: uma introdução*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução de Alexander Araujo de Souza, Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, André Karam Trindade, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo Menin. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *A cultura jurídica e a filosofia jurídica analítica no século XX*. Tradução de Alfredo Copetti Neto, Alexandre Salim e Hermes Zaneti Júnior. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia*. Tradução de Alexander Araujo de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. Tradução de André Karam Trindade. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. “O constitucionalismo garantista e o estado de direito”. Tradução de André Karam Trindade. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. “O estado de direito entre o passado e o futuro”. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. *O estado de direito: história, teoria e prática*. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: RT, 2001.

FERRARI, Vincenzo. “Le parti e il rischio del processo”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 37-58, sett. 2008.

FERRARO, Marcella Ferreira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. Dissertação de Mestrado, PPGD – UFPR. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2015, 213p.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. “Educação em direitos humanos: pressuposto para o exercício da cidadania”. *Educação jurídica*. Vladimir Oliveira da Silveira, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches e Mônica Bonetti Couto organizadores. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Ponderação de princípios e tópica jurídica”. *Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Alexandre de Moraes da Rosa, André Karam Trindade, Clárisa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *A ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERRI, Conrado. “Sull’effettività del contraddittorio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 3, p. 780-795, sett. 1988.

FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Scientifiche Italiane, 2011.

FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais globais: o delicado seria o mais grosseiro*. Tradução de Carolina Alves Vestena e Guilherme Leite Gonçalves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. “O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral”. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, ano 2, n. 7, p. 217-253, jul./set. 2007.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Tradução de Eduardo Saldanha. Revisão técnica de Eduardo Appio. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. “O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano”. *Revista dos Tribunais*, RT, ano 89, vol. 782, p. 90-96, dez. 2000.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University, 1988.

FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2017.

\_\_\_\_\_. “Two models of adjudication”. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2007.

\_\_\_\_\_. “Modelos de adjudicação / Models of adjudication”. *Caderno Direito GV*, v. 1, n. 8, p. 29-57, nov. 2005.

\_\_\_\_\_. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *The law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. *The civil rights injunctions*. Bloomington / London: Indiana University Press, 1978.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Boiteux, 2009.

FOLLE, Francis Perondi. “A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovery*”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 204, p. 131-152, fev. 2012.

FONSECA, Elena Zucconi Galli. “Misure coercitive fra condanna e tutela esecutiva”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 1, p. 389-401, mar. 2014.

\_\_\_\_\_. “La provisória esecutività del decreto ingiuntivo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 175-210, mar. 2009.

FONSECA, Isabel Celeste M., “Verdade e verossimilhança: o (provável) erro de Calamandreï”. *Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, vol. LXXXI, n. 81, p. 633-672, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. 3ª Reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORST, Rainer. *Contexto de justiça*. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 21. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *A cegueira da justiça: diálogo iconográfico entre arte e direito*. Porto Alegre: SAFE, 2011.

FRASER, Nancy. “Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado”. *Revista Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 77, p. 17-21, 2009.

\_\_\_\_\_. “Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural”. César Augusto Baldi organizador. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FREIRE, Alonso Reis. “O pêndulo de Posner”. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 225-247, jul./dez. 2015.

FREIRE, Carlos Coelho de Miranda. *Conflito e decisão no Direito*. João Pessoa: Ideia, 2008.

FREITAS, Juarez. “As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração”. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 195-217, jan./jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum 2011.

FREITAS, Lorena. *Além da toga: uma pesquisa empírica sobre ideologia e direito*. Recife: Bagaço, 2009.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. “Considerações sobre o conceito de dignidade humana”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 22, p. 649-669, jul./dez. 2015.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4th. ed. St. Paul: Thomsom West, 2005.

FRIEDMAN, Barry. “Dialogue and judicial review”. *Michigan Law Review*, v. 91, n. 4, p. 577-658, feb. 1993.

FULLER, Lon L. “The forms and limits of adjudication”. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dec. 1978.

\_\_\_\_\_. “American legal realism”. *University of the Pennsylvania Law Review*, v. 82, n. 5, p. 429-462, mar. 1934.

FUX, Luiz. “O novo processo civil”. *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Coordenador Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. “Os princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilidade) procedimental na teoria geral do processo”. *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell organizadores. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

\_\_\_\_\_; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Antonio Carlos Marini. “Fraternidade e cooperativismo: breves reflexões”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

GARGARELLA, Roberto. “Interpretation and democratic dialogue”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 41-65, mai./ago. 2015.

\_\_\_\_\_. “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

\_\_\_\_\_. “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”. Marcelo Alegre y Roberto Gargarella coordinadores. *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.

\_\_\_\_\_. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. *Judicial reputation: a comparative theory*. Chicago: Chicago University Press, 2015.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Tradução de Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. *Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

GERLIS, Stephen M.; LOUGHLIN, Paula. *Civil procedure*. 2th. ed. London: Cavendish, 2004.

GIANNINI, Leandro J. “A reafirmação do rol do habeas corpus coletivo como processo estrutural. Buscar o equilíbrio sem destruir a balança”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal – RIDP*, São Paulo, RT, ano 2, n. 3, jan./jun. 2016.

GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. Tradução de Alvaro Hattner. São Paulo: Unesp, 1996.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

GILLES, Myriam. “An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops. .. It's Still Moving!”. *University of Miami Law Review*, v. 58, p. 143-172, 2003.

GINSBURG, Ton. “Courts and new democracies: recent works”. *Law & Social Inquiry* (Journal of the American Bar Foudation), v. 37, n. 3, p. 720-742, 2012.

GIULIANI, Alessandro. “Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo”. *Sociologia del diritto*, v. 13, n. 2/3, p. 81-90, 1986.

GODARD, Joelle. “Contempt of court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice”. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, Dalloz, n. 2, p. 367-382, avr./jui. 2000.

GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. “A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 50, p. 169-208, out./dez. 2013.

GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

\_\_\_\_\_. “As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 137-159, set./dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

GOMES, Fábio Luiz. *Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela (direito e pós-modernidade)*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_.; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade*. Salvador: JusPODVIM, 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. “Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015.

GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito curvo*. Tradução de André Karan Trindade, Luis Rosenfield e Dino del Pino. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. “Derecho y Literatura, *ad Usum Scholaris Juventutis* (con relato implícito)”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 66, p. 15-45, jul. 2013.

GOODHART, Arthur L. “Determining the ratio decidendi of a case. The ratio decidendi of a case”. *Modern Law Review*, London, v. 22, p. 117-124, 1959.

GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRADI, Marco. “Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della ‘terza via’”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV (Seconda Serie), n. 4, p. 826-848, lug./ago. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. – São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. “Estado de juízes: aquele jardim, no inferno”. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 274, p. 73-80, jan./abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. “Realismo e utopia constitucional”. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont´Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAZIOSI, Andrea. “La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 137-174, mar. 2009.

GRECO, Leonardo. “A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 14, n. 1, p. 296-330, jul./dez. 2014.

\_\_\_\_\_. “Publicismo e privatismo no processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GREGER, Reinhard. “Cooperação como princípio processual”. Traduzido por Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 123-133, abr. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Requiem para a reforma dos processos coletivos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 265, p. 213-218, mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

\_\_\_\_\_. “Tutela antecipatória em procedimento sumário”. *Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Donaldo Armelin coordenador. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

\_\_\_\_\_. “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 20, n. 79, p. 65-76, jul./set. 1995.

GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agotinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUARNIERI, Carlo. *Magistratura e politica in Italia: pesi senza contrappesi*. Bologna: Il Mulino, 1993.

\_\_\_\_\_; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria e ideologia de la interpretación constitucional*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010.

\_\_\_\_\_. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.

\_\_\_\_\_. “Due modelli di analisi della sentenza”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 4, p. 991-1000, dic. 1988.

GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. “Sobre a formação de magistrados”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 183, p. 327-351, mai. 2010.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

GUEST, Ronald. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique; CHAINAIS, Cécile. *Procédure civile: droit interne et européen du procès civil*. 33. éd. Paris, Dalloz, 2016.

GUIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *O que é pragmatismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. “Qual o conceito de pessoa de quem necessita a teoria do discurso do direito?”. Tradução de Flavia Portella Püschel. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 223-240, jan./jun. 2006.

HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Tradução de Rachel Herdy. São Paulo: Loyola, 2011.

\_\_\_\_\_. *Filosofia das lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

HÄBERLE, Peter. *O estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, SAFE, 1997.

HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984.

HART, Herbert. *The concept of law*. 3rd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

\_\_\_\_\_. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HAZARD JR., Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven / London: Yale University Press, 1993.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

\_\_\_\_\_. *Caleidoscópio do antigo regime*. São Paulo: Alameda, 2012.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. “Hermenêutica, retórica, verossimilhança, discricionariedade: a opção ovidiana pelo significado”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HIRSCHL, Ran. “O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo”. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009.

HO, Hock Lai. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *O direito comum: as origens do direito anglo-americano*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1963.

\_\_\_\_\_. “The path of the law”. *Harvard Law Review*, v. 10, n. 8, 1897.

HONNETH, Axel. *O direito da liberdade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

\_\_\_\_\_. “A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo”. *Civitas*, Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 345-368, set./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *Lutas por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

IRTI, Natalino. *Diritto senza verità*. Bari: Laterza, 2011.

JAMES, William. *Pragmatismo*. Tradução de Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JEFFRIES, John C.; RUTHERGLEN, George A. “Structural Reform Revisited”. *California Law Review*, vol. 95, p. 1387-1422, 2007.

JOBIM, Marco Félix. “Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_; ROCHA, Marcelo Hugo da. “Medidas estruturantes: origem em *Brown V. Board of Education*”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_. “A *structural reform* no direito brasileiro e a atuação democrática do Supremo Tribunal Federal na sua implementação”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 159-179, jul./dez. 2015.

\_\_\_\_\_. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JOLOWICZ, John Anthony. “Modelos *adversarial* e *inquisitorial* de processo civil”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 100, vol. 372, p. 135-147, mar./abr. 2004.

\_\_\_\_\_. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

JOMMI, Alessandro. “Per un’efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il *référé provision*”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno XLIII, n. 1, p. 121-164, gen./feb. 1997.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça*. Salvador: JusPODVIM, 2017.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JULLIEN, François. *O diálogo entre as culturas: do universal ao multiculturalismo*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

JUNOY, Joan Pico i. “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: um debate mal planteado”. *Proceso civil e ideología*. Juan Montero Aroca Coordinador. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

KALYVAS, Andreas. “Democracia constituinte”. Tradução de Florência Mendes Ferreira da Costa. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 37-84, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KAUFMANN, Arthur. “Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica”. Tradução de Marcos Keel. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer organizadores. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. Tradução de Alexandre Krug (do alemão), Eduardo Brandão (do italiano) e Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão (do francês). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, Duncan. *Izquierda y derecho*. Ensayos de teoría jurídica crítica. Traducción de Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Vintiuno, 2010.

\_\_\_\_\_. “Legal formalism”. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Amsterdam-Paris-New York-Oxford-Shannon-Singapore-Tokyo, Elsevier, 2001, v. 13, p. 8634-8638.

KERN, Christoph A. “Procedural contracts in Germany”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015.

\_\_\_\_\_. “O papel das Cortes Supremas”. Tradução de Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochen. *Revista dos Tribunais*, ano 103, v. 948, São Paulo, RT, p. 47-76, out. 2014.

\_\_\_\_\_. “The Role of the Supreme Court”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 228, p. 15-36, fev. 2014.

KING, Jeff. *Judging social rights*. New York: Cambridge University Press, 2012.

KNIJNIK, Danilo. “Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle”. *Revista Forense*, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2011.

\_\_\_\_\_. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KOZICKI, Datya; ARAÚJO, Eduardo Borges. “Um contraponto a um modelo forte: o supremo tribunal federal, a última palavra e o diálogo”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, dez. 2015.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University, 2004.

\_\_\_\_\_. “We the Court”. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 115, n. 1, p. 4-169, nov. 2001.

KRELL, Andreas J. “Direitos sociais”. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LA CHINA, Sergio. *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1970.

LACERDA, Galeno. “Processo e cultura”. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, ano II, vol. 3, p. 74-86, jan./jun. 1961.

LACORDAIRE, J. B. H.D. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMY, Eduardo. “A nocividade do aspecto prospectivo e a importância dos fatos na construção do ‘precedente’”. *Revista de Processo Comparado – RPC*. São Paulo, RT, ano 3, n. 6, p. 113-133, jul./dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Aspectos polêmicos do novo CPC*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

\_\_\_\_\_; LUIZ, Fernando Vieira. “Estabilização da tutela antecipada no código de processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 260, p. 105-129, out. 2016.

\_\_\_\_\_; LUIZ, Fernando Vieira. “Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 383-402, dez. 2015.

\_\_\_\_\_. “Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 69, p. 301-326, dez. 2014.

\_\_\_\_\_. “A importância do novo CPC para o desenvolvimento do processo civil: consequência da consolidação da jovem escola brasileira”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 226, p. 385-398, dez. 2013.

\_\_\_\_\_; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. “A administração pública federal e os precedentes do STF”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 214, p.199-215 dez. 2012.

\_\_\_\_\_. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

\_\_\_\_\_. “A distinção entre medidas urgentes e tutela de urgência: consequências para o escopo de sistematização”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 29, n. 118, p. 289-302, nov./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. “Prisão penal e coerção processual civil”. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 6, n. 19, p. 76-88, jan./mar. 2001.

LAMOND, Grant. “Persuasive Authority in the Law”. *The Harvard Review of Philosophy*, v. XVII, p. 16-35, 2010.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: RT, 2014.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. atual. São Paulo: RT, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUX, Francisco de Mesquita. “Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 455-479, abr. 2015.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: RT, 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. “Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura de jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde”. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rogério Gesta Leal e Mônia Clarissa Hennig Leal organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEAL, Rogério Gesta. “As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira”. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rogério Gesta Leal e Mônia Clarissa Hennig Leal organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 7. ed. 3ª Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

\_\_\_\_\_. “Ignorância, rotina e chicana – os três inimigos do processo”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 35, n. 74, p. 251-253, abr. 1938.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LEIBLE, Stefan. *Proceso civil alemán*. Traducción de Rodolfo E. Witthaus. 2. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; LEITE, Laís Durval. “Controle concentrado de constitucionalidade da Lei Orçamentária e a tutela dos direitos fundamentais à saúde e à educação”. *Revista de Processo*, ano 36, n. 198, São Paulo, RT, p. 127-145, ago. 2011.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e constitucionalismo democrático: do judicial ativismo ao diálogo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político x ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014.

LEITER, Brian. “American legal realism”. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson. Malden: Blackwell Publishing, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2010.

LEUBSDORF, John. “Preliminary injunctions: in defense of the merits”. *Fordham Law Review*, v. 76, n. 1, p. 33-47, 2007.

LEVAL, Georges de. “Le référé em Droit Judiciaire Privé”. *Actualités du Droit: les procédure d’urgence*. *Revue de la Faculté de Droit de Liège*. Bruxelles, 1992.

LÉVY, Daniel de Andrade. “O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil: exame à luz da *group litigation order* britânica”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 196, p. 165-205, jun. 2011.

LEWALLE, Paul. “Lé référé administratif”. *Actualités du Droit: les procédure d’urgence*. *Revue de la Faculté de Droit de Liège*. Bruxelles, 1992.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araraquara: Bestbook, 2003.

\_\_\_\_\_. “A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei”. Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 11, n. 43, p. 57-60, jul./set. 1986.

\_\_\_\_\_. “Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença”. Tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 8, n. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

LIMONGI, Maria Isabel de Magalhães Papaterra. “Os contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau”. *Manual de filosofia política*. Flamarion Caldeira Ramos, Rúrion Melo e Yara Frateschi coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. “Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada”. *Tutela provisória no novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coordenação de Cassio Scarpinella Bueno, Elias Marques de Medeiros Neto, Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira e Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá, 2017.

\_\_\_\_\_. “Em torno da ‘reserva do possível’”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. “Justiça e poder judiciário: ou a virtude confronta a instituição”. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 22-33, 1994.

LOPES, Mônica Sette. *Uma metáfora: música e direito*. São Paulo: LTr, 1996.

LORENZETTI, Ricardo. *A arte de fazer justiça: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina*. Tradução de María Laura Delaloye. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. “Las audiencias públicas y la Corte Suprema”. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Roberto Gargarella compilador. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Justicia colectiva*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.

LOVETT, Frank. *Uma teoria da justiça, de John Rawls*. Tradução de Vinicius Figueira. São Paulo: Penso, 2013.

LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPODVIM, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Fundamentos do processo estrutural”. *Inovações e modificações do código de processo civil: avanços, desafios e perspectivas*. Organização de

Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende e Helena Lanna. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

\_\_\_\_\_. “Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões motivadas”. *O novo CPC e o processo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Walmir Oliveira da Costa*. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. “Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas”. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: RT, 2000.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre – RS, Ajuris, ano XVII, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

\_\_\_\_\_. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

LUISO, Francesco Paolo. “Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXV, suplemento al n. 1, p. 65-73, mar. 2011.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2013.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MACCORMICK, Neil. “Direito, interpretação e razoabilidade”. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *H. L. A. Hart*. Tradução de Claudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

\_\_\_\_\_. *Retórica e estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning (law, state e practical reason)*. Oxford: Oxford University, 2005.

MACEDO, Elaine Harzheim. “Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de preempção?”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 189-215, dez. 2015.

\_\_\_\_\_; RODRIGUES, Ricardo Schneider. “Negócios jurídicos processuais e políticas públicas: tentativa de superação das críticas ao controle judicial”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 273, p. 69-93, nov. 2017.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Marcelo Pacheco. “Reformas no recurso de apelação: como a Itália escolheu enfrentar seus problemas e como o Brasil não”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 243, p. 505-524 mai. 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI Jr.; Hermes. “Formalismo-valorativo e o novo processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 272, p. 85-125, out. 2017.

MAESTAD, Ottar; RAKNER, Lise; FERRAZ, Octavio L. Motta. “Assessing the impact of health rights litigation: a comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India and South Africa”. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Edited by Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. “A alienação da política nas democracias constitucionais modernas e as alternativas democráticas consensuais na América Latina”. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Eduardo Manuel Val e Enzo Bello organizadores. Caxias do Sul: Educs, 2014.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. “Desafios à efetividade dos direitos fundamentais”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 99, v. 893, p. 47-61, mar. 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho e as ideias fora de lugar no novo CPC*. São Paulo: LTr, 2015.

MALESHIN, Dmitry. “O novo código de processo russo de 2002”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 30, n. 121, p. 159-165, mar. 2005.

MALLET, Estêvão. “Notas sobre o problema da chamada ‘decisão-surpresa’”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 233, p. 43-64, jul. 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2013.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. “Questões controvertidas sobre a súmula vinculante”. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Coordenação de José Miguel Garcia Medina, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira e Luiz Manoel Gomes Junior. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006.

MANDRIOLI, Crisanto. *L'esecuzione forzata in forma specifica*. Milano: Giuffrè, 1953.

MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. *Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública*. São Paulo: Atheneu, 2017.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. “Algumas considerações sobre a crise da justiça”. *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell organizadores. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARIN, Jeferson Dytz. “A influência do racionalismo e do direito romano cristão na ineficácia da jurisdição: a herança crítica de Ovídio Baptista da Silva”. *Jurisdição, Direito Material e Processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. “Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – um sério problema no direito estadunidense”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 3, n. 5, p. 83-106, jan./jun. 2017.

\_\_\_\_\_. “Julgamento colegiado e precedente”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 264, p. 357-394, fev. 2017.

\_\_\_\_\_. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. “Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais”. *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*. Elaine Harzheim Macedo e Daniela Boito Maurmann Hidalgo organizadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. *Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Coordenador Donaldo Armelin. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Colaboração processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_. “Efetividade do processo e tutela antecipatória”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 83, v. 706, p. 56-60, ago. 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MARQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. ampl. São Paulo: É realizações, 2014.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. “A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades”. *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 16, n. 2, p. 207-221, mai./ago. 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. “Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo”. *A reconstrução do Direito Privado*. Organizadora: Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.

MAUÉS, Antonio Moreira. “Jogando com os precedentes: regras, analogias, princípios”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 587-623, jul./dez. 2012.

MAUS, Ingeborg. “Judiciário como Superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos estudos*, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MEDEIROS, Luiz César. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito processual moderno*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *Execução civil: teoria geral: princípios fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELES, Edilton. “Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 231-245, set. 2015.

\_\_\_\_\_. “Dever de gestão processual adequada”, *Revista Trabalhista Direito e Processo*, ano 10, n. 39, São Paulo, LTr, p. 84-95, jul./set. 2011.

MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: LTr, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. “Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro”. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, p. 09-52, jul./set. 2016.

MENCHINI, Sergio. “Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell’ accertamento con autorità di giudicato”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, Vol. LXI (seconda serie), n. 1, p. 869-902, jan./mar. 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. – 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. “O projeto de uma corte deliberativa”. *Jurisdição constitucional no Brasil*. Adriana Vojvodic, Henrique Motta Pinto, Paulo Gorzoni e Rodrigo Pagani de Souza organizadores. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo; Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Luis Correia de. “Vírus autoritário e processo civil”. *Julgar*, n. 1, p. 67-98, 2007.

MENDONÇA, Ricardo Magalhães de. “A litigância de interesse público numa perspectiva comparada”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 425-452, abr. 2015.

MENGER, Antonio. *El derecho civil y os pobres*. Versión española, revisada y corregida, de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Atalaia, 1947.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: From Posner to post-modernism and beyond*. 2nd. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MERRYMAN, John Henry. “Sobre a convergência (e divergência) entre *civil law* e *common law*”. Tradução de Angela Araujo da Silveira Espíndola. *Tratado de Direito Constitucional: Constituição no século XXI*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 2. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014.

\_\_\_\_\_; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3th. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2005.

MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945.

MIRAGEM, Bruno. “Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais”. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Coordenação de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo XII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. “A colaboração como modelo e como princípio no processo civil”. *Revista de Processo Comparado – RPC*, São Paulo, RT, ano 1, n. 2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

\_\_\_\_\_. “A colaboração como norma fundamental do novo processo civil brasileiro”. *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 47-52, mai. 2015.

\_\_\_\_\_. “Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, n. 63, p. 24-29, nov./dez. 2014.

\_\_\_\_\_. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 229, p. 51-74, mar. 2014.

\_\_\_\_\_. “A técnica antecipatória na perspectiva do direito comparado”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 10, n. 57, nov./dez. 2013.

\_\_\_\_\_. “Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 61-78, abr. 2012.

\_\_\_\_\_. “Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 83-99, set. 2011.

\_\_\_\_\_. “O Processualismo e a formação do Código Buzaid”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 183, p. 165-194, mai. 2010.

\_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. *Introdução do estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Ingo Wolfgang Sarlet organizador. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MORAES, Wallace dos Santos de. “Estado mínimo contra a fase histórica camaleônica do estado capitalista: um estudo da teoria neoliberal de Robert Nozick”. *Curso de ciência política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. Lier Pires Ferreira, Ricardo Guanabara e Vladimir Lombardo Jorge organizadores. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle Brum. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira. “Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais”. *Constituição e processo:*

*a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Critérios de justiça*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. “A teoria das restrições dos direitos fundamentais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 17, n. 69, p. 86-109, out./dez. 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª atual., rev. e aum. São Paulo: Malheiros: 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, 2003.

\_\_\_\_\_. “A sentença mandamental. Da Alemanha ao Brasil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 25, n. 97, p. 251-264, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

\_\_\_\_\_. “Convenções das partes sobre matéria processual”. *Revista de Direito Processual*, Uberaba, v. 40, p. 81-96, out./dez. 1983.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. “A efetivação judicial dos direitos sociais”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, ano 19, n. 75, p. 309-334, abr./jun. 2011.

MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. *Poder, direito, estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORO, Sergio Fernando. “A Corte exemplar: considerações sobre a Corte de Warren”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 337-356, 2001.

MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_; RAMIRES, Maurício. “O novo código de processo civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?”. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. Lenio Luiz Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_; HOMMERDING, Adalberto Narciso. “O que é um modelo democrático de processo?”. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 73, p. 183-206, jan./abr. 2013.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo, RT, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*. Tradução de Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014.

\_\_\_\_\_. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Neumann. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. “Acordo processual e gestão compartilhada do procedimento”. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Alexandre Freite et al. organizadores. Vol. 3. Salvador: JusPODVIM, 2014.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MUZAFFAR, Chandra. “Islã e direitos humanos”. César Augusto Baldi organizador. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NAGEL, Robert F. “Controlling the structural injunction”. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 7, n. 2, p. 395-411, 1984.

NALINI, José Renato. “Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 98, v. 889, p. 9-32, nov. 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 265, p. 107-150, mar. 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NICKNICH, Mônica. “A fraternidade como valor orientativo dos novos direitos na pós-modernidade”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NICOLITT, André. *A duração razoável do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014.

NIEVA-FENOLL, Jordi. “La cosa giudicata: la fine di un mito”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 4, p. 1369-1385, dic. 2014.

\_\_\_\_\_. “La cativa reputazione del principio inquisitorio”. Traduzione di Diego Volpino. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 3, p. 943-970, sett. 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. ampl. y rev. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

\_\_\_\_\_. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. – 2. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2013.

NOJIRI, Sérgio Nojiri. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: RT, 2005.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo & direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUNES, Camila. “Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 246, p. 485-511, ago. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. “Normas fundamentais do processo civil. Comentários ao art. 10 do CPC/2015”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. “A função contrafática do direito e o novo CPC”. *Revista do Advogado*, v. 35, n. 126, p. 53-57, mai. 2015.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Érico. “Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Freddie Didier Jr.)*. Organizadores Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015.

\_\_\_\_\_; DELFINO, Lúcio. “Novo CPC, o ‘caballo de Tróya’ *iura novit curiae* e o papel do juiz”. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 205-210, jul./set. 2014.

\_\_\_\_\_. “*Processualismo constitucional democrático* e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 41-81, set. 2011.

\_\_\_\_\_; BAHIA, Alexandre. “Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático na América Latina: alguns apontamentos”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. “Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático”. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. “Eficiência processual: algumas questões”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 34, n. 169, p. 116-139, mar. 2009.

\_\_\_\_\_. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. Tese de doutorado, PPGD – PUC-MG. Orientador: Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte, 2008, 217p.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.

OTEILZA, Eduardo. “A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 187, p. 181-230, set. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Escopo jurídico do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 203, p. 305-317, jan. 2012.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Heloisa Maria José de; VERONESE, Josiane Rose Petry. “Famílias: diálogos interdisciplinares sobre o caráter plural das famílias contemporâneas e a incorporação do conceito de família ampliada no Estatuto da Criança e do Adolescente”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal*. Florianópolis: Conceito: 2015.

\_\_\_\_\_. “O binômio repercussão geral e súmula vinculante – Necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos”. *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadora. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. “O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação”. *Tratado de Direito Constitucional*. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

ONO, Tayara Tiemi. “A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 41, n. 254, p. 407-427, abr. 2016.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. “Nem ‘tudo’, nem ‘nada’ — decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

OSORIO, Aline. “Jurisdição e política na França: a questão prioritária de constitucionalidade e o novo modelo de jurisdição constitucional francês”. *Jurisdição constitucional e política*. Coordenação de Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OST, François. “Júpiter, Hercules, Hermes: três modelos de juiz”. Tradução de Marcia Helena de Menezes Ribeiro. *Juizado da Infância e da Juventude*, Porto Alegre, v. 7, n. 17, p. 109-130, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. *Dire le Droit, Faire Justice*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

\_\_\_\_\_. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

\_\_\_\_\_. “Júpiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez”. Traducción Isael Lifante Vidal. *Doxa – Cuadernos de Filosofia de Derecho*, n. 14, p. 169-194, 1993.

PAIM, Gustavo Bohrer. “O référé francês”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 203, p. 99-118, jan. 2012.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, 2011.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaaios e artigos*. Vol. 1. Salvador: JusPODIVM, 2014.

\_\_\_\_\_. “Democracia, participação e processo”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

PAULA, Gislaiane de. “Zeus, hércules e hades: conceitos de direito”. *Direito, Teorias e Sistemas: Estudos Desenvolvidos no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC*. Luiz Henrique Urqhart Cademartori e Sergio Ricardo Ferreira Mota organizadores. Florianópolis: Insular, 2015.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. Barueri: Manole, 2002.

PAULA, Patrícia Aparecida Baumgratz de Paula; ALVES, Terezinha Noemides Pires; VIEIRA, Rita de Cássia Padula Alves; SOUZA, Auta Iselina Stephan de. “Política de

medicamentos: da universalidade de direitos aos limites da operacionalidade”. *Physis – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 4, p. 1111-1125, 2009.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A decisão constitucional vinculante*. São Paulo: Método, 2011.

PAULA, Patrícia Aparecida Baumgratz de Paula; ALVES, Terezinha Noemides Pires;

PECZENIK, Aleksander. “The binding force of precedent”. *Interpreting precedents: a comparative study*. Edited by Neil MacCormick and Robert S. Summers. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.

\_\_\_\_\_. *The basis of legal justification*. Lund: Peczenik, 1983.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças”. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro – RJ, v. 08, n. 4, p. 1707-1756, 2016.

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

PEREIRA, Rafael Caselli. *A multa judicial (astreintes) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial*. Salvador: JusPODVIM, 2016.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; MARÇAL, Thaís Boia. “Orçamento público, ajuste fiscal e administração consensual”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro – RJ, v. 19, n. 73, p. 162-181, abr./jun. 2016.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERROT, Roger. “O processo civil francês na véspera do século XXI”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 342, p. 161-168, abr./jun. 1998.

\_\_\_\_\_. “La coercizione per dissuasione nel diritto francese”. Traduzione della Mariacarla Giorgetti. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LI, p. 657-674, lug./sett. 1996.

\_\_\_\_\_. “L’effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XXXIX, n. 4, p. 845-865, dic. 1985.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Tradução e organização de Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. “La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, anno LVIII, n. 1, p. 41-72, 2004.

\_\_\_\_\_. “Audiatur et altera pars: le matrici storico-culturali del contraddittorio”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, Giuffrè, anno LVII, n. 1, p. 7-22, mar. 2003.

PICOZZA, Elisa. “Il calendario del processo”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXIV, n. 6, p. 1650-1659, nov./dic. 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. “As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 229-258, jul. 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. “A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O ‘juiz Hermes’ e a nova dimensão da função jurisdicional”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 2, n. 2, p. 20-54, 2008.

PIOVESAN, Flávia. “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas”. *Direitos fundamentais sociais*. Coordenação de J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. “A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional”. *Direito Previdenciário e Constituição: estudos em homenagem a Wladimir Novaes Martinez*. Marcus Orione Gonçalves Corria e Érica Paula Barcha Correia coordenadores. São Paulo: LTr, 2004.

PISANI, Andrea Proto. “Quattro brevi lezioni di introduzione al processo civile”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 274, p. 465-504, dez. 2017.

\_\_\_\_\_. “Pubblico e privato nel processo civile”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 207, p. 281-302, mai. 2012.

\_\_\_\_\_. “Giusto processo e valore della cognizione piena”. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Cedam, anno XLVIII, n. 2, p. 265-280, mar./apr. 2002.

\_\_\_\_\_. *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*. Napoli: Jovene, 2003.

\_\_\_\_\_. “Público e privado no processo civil na Itália”. Tradução de Myriam Filippis. *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 16, p. 23-42, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POPPER, Karl Raimund. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Vol. 2. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

POSNER, Eric. “Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito”. Tradução de José Rodrigo Rodrigues. *Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 231-268, jan./jun. 2008.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. “The rise and fall of judicial self-restraint”. *California Law Review*, v. 100, n. 3, p. 519-556, jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Para além do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

\_\_\_\_\_. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo*. Traducción de Leonardo Garcia Jaramillo y Laura Saldivia. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

POWELL JR., Lewis F. “Stare decisis and judicial restraint”. *Washington and Lee Law Review*, vol. 47, n. 2, p. 281-290, 1990.

PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PRÜTTING, Hanns. “Fundamentos y tendencias actuales en el desarrollo del derecho procesal civil europeo”. Traducción Álvaro Pérez-Ragone. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 190, p. 71-91, dez. 2010.

PUGA, Mariela. “La litis estructural em el caso *Brown V. Board of Education*”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_. “El litigio estructural”. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, año 1, n. 2, p. 41-82, nov. 2014.

PUGLIESI, Giovanni; SITIZIA, Francesco; VACCA, Letizia. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. Tradução de Thomas da Rosa de Bustamante. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

QUERZOLA, Lea. *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di mérito*. Bologna: Bononia University Press, 2006.

QUINTAS, Fábio Lima. “Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_; ANCHIETA, Natascha. “Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espécies de tutela provisória no novo código de processo civil”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 268-298, jan./jun. 2015.

\_\_\_\_\_; SANTANNA, Gustavo da Silva. “Elementos de história do processo civil brasileiro: do código de 1939 ao código de 1973”. *Justiça & História*, v. 9, p. 83-105, 2009.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. “Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan./dez. 2007.

RAMOS, Frederico Augusto Blanco. “As audiências públicas convocadas pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da democracia participativa”. *Tratado de direito constitucional: constituição, política e sociedade*. Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula coordenadores. Vol. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. “Repensando a prova de ofício”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, p. 315-337, dez. 2010.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: RT, 2015.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo: RT, 1999.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *O direito dos povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*. Salvador: JusPODVIM, 2017.

REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. 2. ed. atual. Coimbra: Coimbra, 1929.

REIS, Mauricio Martins. “As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência”. *Revista de Processo*, ano 39, n. 230, São Paulo, RT, p. 417-437, abr. 2014.

REIS, Sérgio Cabral dos. “Educação para direitos humanos e teoria democrática: desafios e perspectivas do meio ambiente do trabalho sustentável diante da ideologia neoliberal”. *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. Guilherme Guimarães Feliciano, João Urias e Ney Maranhão coordenadores. Vol. 3. São Paulo: LTr, 2017.

\_\_\_\_\_. “Breves anotações sobre os aspectos processuais da arbitragem individual pós-reforma trabalhista” *Direito do trabalho, direito penal do trabalho, direito processual do trabalho e a reforma trabalhista*. Edição comemorativa dos 10 anos do Ipeatra. Marcelo José Ferlin D’ambroso coordenador. São Paulo: LTr, 2017.

\_\_\_\_\_. “Aspectos polêmicos da estabilização da tutela antecipada: em que situações fático-jurídicas este instituto revela-se cabível?”. *O novo CPC e sua repercussão no processo do trabalho: encontros e desencontros*. Sérgio Cabral dos Reis coordenador. São Paulo: LTr, 2016.

\_\_\_\_\_. “Breves notas sobre o PL nº 8.058/2014, que pretende instituir o processo especial para o controle das políticas públicas e sua intervenção pelo poder judiciário”. *Parahyba Judiciária – Revista da Justiça Federal*, João Pessoa, ano 9, n. 9, set. 2015.

\_\_\_\_\_. “Custos dos direitos x judicialização da saúde: a fraternidade como parâmetro ético-normativo da solução adequada”. *A fraternidade como categoria jurídica: da utopia à realidade*. Josiane Rose Petry Veronese, Olga Maria B. Aguiar de Oliveira e Francisco Cardozo Oliveira organizadores. Curitiba: Instituto Memória, 2015.

\_\_\_\_\_. “Direito, sensibilidade judicial e legislação: breves notas sobre a ‘decidibilidade’ como questão central do sistema jurídico”. *Direito, teorias e sistemas*. Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC. Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Sergio Ricardo Ferreira Mota organizadores. Florianópolis: Insular, 2015.

\_\_\_\_\_. “Tutela judicial dos direitos sociais: para além do mínimo existencial na jurisdição constitucional democrática”. *O mundo do trabalho e as novidades normativas na perspectiva da magistratura e do ministério público: estudos em homenagem a Arnaldo Süssekind*. Gérson Marques e Ney Maranhão coordenadores. São Paulo: LTr, 2014.

\_\_\_\_\_. “Reflexos executivos da ‘inexistência’ e da ‘invalidade’ da sentença civil condenatória”. *Pontes de Miranda e o Direito Processual*. Fredie Didier Jr., Pedro Henrique Pedrosa Nogueira e Roberto P. Campos Gouveia Filho coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2013.

\_\_\_\_\_. “Prescrição, mérito e coisa julgada material na execução?”. *Execução e cautelar: estudos em homenagem a José de Moura Rocha*. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha e Antonio Adonias Bastos coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2012.

\_\_\_\_\_. *Defesa do executado no curso da execução: cível e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2008.

RESNIK, Judith. “Los jueces como directores del proceso”. Traducción al español de Maria Emilia Mamberti y Francisco Verbic. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 268, p. 189-287, jun. 2017.

\_\_\_\_\_. “Managerial judges”. *Harvard Law Review*, v. 96, p. 374-448, 1982.

RIANI, Frederico Augusto d’Avila. “Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário”. *Sequência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 66, p. 137-160, jul. 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIBEIRO, Darcy Guimarães. “A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC”. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos (Mestrado e Doutorado), n. 10. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha e Wilson Engelmann organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; SCALABRIN, Felipe. “O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa”. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência (do CPC/1973 ao CPC/2015)*. São Paulo: RT, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivan Amaro. “Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista”. *Sequência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

RICCI, Edoardo Flavio. “A evolução da tutela urgente na Itália”. *Tutelas de urgência e cautelares. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*. Donaldo Armelin coordenador. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. “Verso un nuovo processo civile?”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, anno LVIII, n. 1, p. 211-226, gen./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. “Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália”. Traduzido por Mariulza Franco. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 07, p. 87-95, jan./mar. 1998.

\_\_\_\_\_. “A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano”. Traduzido por José Rogério Cruz e Tucci. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 06, p. 691-720, set./dez. 1997.

RICCI, Gian Franco. “Il processo civile fra ideologie e quotidianità”. *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Tomo I. Milano: Giuffrè, 2005.

RICOEUR, Paul. *O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. *O justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o ‘princípio liberdade’ na cultura constitucional europeia*. Tradução de Carlos Luiz Strapazzon e Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RIGUETTI, Gabriel Felipe Rogueto. “Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 61-90, dez. 2015.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROBELATO, Daniela. “Notas sobre participação e fraternidade”. *O princípio esquecido / 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antonio Maria Baggio organizador. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision-making*. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ROBLES, Gregório. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. Tradução de Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

ROCHA, Everardo. *O que é mito?* São Paulo: Brasiliense, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. “Tempo”. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barretto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto de avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. *Processo civil ambiental*. São Paulo: RT, 2008.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_; GISMONDI, Rodrigo. “Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROMANO, Roberto. *Razão de estado e outros estados da razão*. São Paulo: Perspectiva, 2014.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: JusPODIVM, 2013.

RORTY, Richard. *Consequências do pragmatismo*. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 1982.

ROSA, Alexandre Moraes da. “Decisão penal de democracia: repensando a partir do garantismo”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 142-163, jan./fev. 2015.

\_\_\_\_\_. “Constitucionalismo garantista: notas lógicas”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSANVALION, Pierre. *Le légitimité démocratique: impartialité, réflexivité e proximité*. Paris: Seuil, 2008.

ROSSETO, Geralda Magella de Faria. “Principium fraternitas: contributo a metodológica interpretativa na perspectiva da proporcionalidade”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

RUBIO, David Sanchez. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Tradução de Ivone Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RUSSELL, Bertand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittigenstein*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. 21. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & judiciário: a atuação judicial (limites, excessos e remédios)*. Curitiba: Juruá, 2016.

SALDANHA, Nelson. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. “Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades”. *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Regulação, desenvolvimento e meio ambiente”. *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. Calixto Salomão Filho organizador. São Paulo: Malheiros, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os seus limites da justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

\_\_\_\_\_. “Por uma concepção intercultural dos direitos humanos”. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

\_\_\_\_\_; AVRITZER, Leonardo. “Para ampliar o cânone democrático”. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Boaventura de Sousa Santos organizador. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

\_\_\_\_\_. “Uma concepção multicultural de direitos humanos”. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 39, p. 105-124, 1997.

SANTOS, Evaristo Aragão. “A sentença como título executivo”. *Execução civil: aspectos polêmicos*. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha coordenadores. São Paulo: Dialética, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Tatiana Simões dos. “Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional”. *Processos estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim organizadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_. “Direitos sociais como direitos subjetivos: a nova decisão da corte alemã”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. “Dignidade da pessoa humana, abertura material do catálogo de direitos fundamentais na constituição federal de 1988 e os riscos de um *pamprincipialismo* – levando a sério as advertências de Lenio Streck”. *Hermenêutica, constituição e decisão judicial*. Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Alexandre Moraes da Rosa, André Karam Trindade, Clarissa Tassinari, Márcio Gil Tostes dos Santos e Rafael Tomaz de Oliveira organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

\_\_\_\_\_; ZOCKUN, Carolina Zancaner. “Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais”. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

\_\_\_\_\_. “A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira”. *Direito privado, constituição e fronteiras: encontros da associação luso-alemã de juristas no Brasil*. Stefan Grundmann, Gilmar Mendes, Claudia Lima Marques, Christian Baldus e Manuel Malheiros organizadores. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. “Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional – algumas aproximações e alguns desafios”. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. Salvador: JusPODVIM, 2012.

\_\_\_\_\_. “Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual”, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 13-40, set. 2011.

\_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. “Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. “Notas sobre a assim designada proibição do retrocesso social no constitucionalismo latino-americano”. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

\_\_\_\_\_. “Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações privadas”. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro, Renovar, v. 8, n. 29, p. 53-93, jan./mar. 2007.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. “O mínimo existencial”. *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016.

\_\_\_\_\_. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. “A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos”. *Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos & Direitos Fundamentais*. Marcelo Novelino organizador. 4. ed. ampl., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARTORI, Giovanni. *Teoria democrática revisitada: as questões clássicas*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Vol. 2. São Paulo: Ática, 1994.

SAVARESE, Ralph J. “American legal realism”. *Houston Law Review*, v. 3, p. 180-200, 1966.

SCAFF, Fernando Facury. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, n. 51, p. 79-99, jun. 2007.

\_\_\_\_\_. SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”. *Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países*

*periféricos*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont´Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCARMAN, Lorde Leslie. *O direito inglês: a nova dimensão*. Tradução de Inez Toffoli Baptista. Porto Alegre; SAFE, 1878.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

\_\_\_\_\_. “Legal realism untamed”. *Texas Law Review*, v. 91, n. 3, p. 749-780, 2013.

\_\_\_\_\_. “The best laid plans”. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 120, p. 586-621, 2010.

\_\_\_\_\_. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge/London: Harvard University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. “Formalism”. *The Yale Law Journal*, v. 97, n. 4, p. 509-548, mar. 1988.

\_\_\_\_\_. “Precedent”. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 571-605, feb. 1987.

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHERPE, Jens M.; MARTEN, Bevan. “Mediation in England and Wales: regulation and practice”. *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*. Edited by Klaus J. Hopt and Felix Steffek. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Tradução de Fábio Ribeiro. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. “Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da ‘busca da verdade real’ na instrução e fundamentação das decisões”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 250, p. 91-117, dez. 2015.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de direito administrativo*, v. 248, p. 130-158, mai./ago. 2008.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERENI, Angelo Piero. *El proceso civil en los Estados Unidos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.), 1958.

SHIMURA, Sérgio. *Arresto cautelar*. São Paulo: RT, 1993.

SHOOK, John R. *Os pioneiros do pragmatismo americano*. Tradução de Fabio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: RT, 2017.

\_\_\_\_\_. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’”. *Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório (Coleção Novo CPC – doutrina selecionada, v. 4 – Coordenador geral Fredie Didier JR.)*. Organizadores Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: JusPODVIM, 2015.

\_\_\_\_\_. “Congestionamento viário e congestionamento judiciário – reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 236, p. 13-28, out. 2014.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante – Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Cláudio Régis de Figueiredo e. “Gestão judicial e democratização”. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 36, n. 120, p. 27-59, out./mar. 2009/2010.

SILVA, Edvaldo Fernandes da. “Excesso de jurisdição ou escassez de política? Apontamentos sobre a jurisdição constitucional brasileira à luz da evolução histórica do estado democrático de direito”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 209-230, jan./jun. 2013.

SILVA, Ildete Regina Vale da. “Fraternidade e Direito: em busca da paz”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

SILVA, Jaqueline Mielke. *A tutela provisória no novo código de processo civil (tutela de urgência e tutela de evidência)*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, José Afonso. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SILVA, Lucas Sávio Oliveira da. “Litígio e mediação: a cultura da conciliação”. *Direito chinês contemporâneo*. Organização de Fabrício Bertini Pasquot Polido e Marcelo Maciel Ramos. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Ideologia e processo: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Ação de imissão de posse*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. “Democracia moderna e processo civil”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

SILVA, Paula Costa e. “Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de JANUS”. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 48, n. 190, p. 137-149, abr./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de solução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Coimbra University Press, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização”. *Direito UnB*, Brasília – DF, v. 02, n. 01, p. 96-118, jan./abr. 2016.

\_\_\_\_\_. “Ponderação e objetividade na interpretação constitucional”. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. “O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

\_\_\_\_\_. “Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralidade”. *Direito GV*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan./jun. 2006.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA NETO, Orlando Celso da. “Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável?”. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, RT, ano 2, n. 4, p. 139-162, jul./set. 2015.

SILVEIRA, Wladimir Oliveira de; ROCALANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVESTRI, Elisabetta. “L’amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LI, n. 1, p. 679-698, mar. 1997.

\_\_\_\_\_. “Aspetti dell’esecuzione forzata per surrogazione negli stati uniti”. *Processo e Tecniche di Attuazione dei Diritti*. A cura di Salvatore Mazzamuto. Vol. I. Napoli: Jovene, 1989.

SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 10th. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada: tutelas de urgência e medidas liminares em geral*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Cláudio. *Tempo de direito alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

SOUZA, Fernando Garcia. “Política educacional – Suprema Corte dos EUA – caso Brown V. Board of Education 347 U. S. 483 (1954) – julgamento em 17 de maio de 1954”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

SOUZA, Luciana Cristina de. “Contribuição das práticas de E-cidadania para a formulação, implementação e monitoramento das políticas públicas”. *RDU*, Porto Alegre, v. 13, n. 74, p. 187-202, mar./abr. 2017.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. “A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. “Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. “O símbolo, o mito e o rito: o juiz e as dificuldades epidêmicas do decidir”. *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. São Paulo: Atlas, 2015.

STAMATO, Bianca. “‘Constitucionalismo popular’. O povo contra a Suprema Corte? Uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao *judicial review* norte-americano”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEDILE, Nilva Lúcia Rech; FERRI, Caroline; OLIVEIRA, Mara de. “Conselhos de políticas públicas: espaços legítimos de participação social na defesa das políticas públicas”. *Revista da Faculdade Mineira de Direito – RFMD*, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 61-90, out./abr. 2017.

STÖBER, Michael. “Os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas”. Tradução de Antonio do Passo Cabral e Letícia Studzinski. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 244, p. 361-380, jun. 2015.

STRAUSS, Leo. “O que é a filosofia política?”. Tradução de Francesca Cricelli. *Leviathan – Cadernos de Pesquisa Política*, n. 2, p. 167-193, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento – Casa do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – o senso incomum?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

\_\_\_\_\_. “Processo judicial como espelho da realidade? Notas hermenêuticas à teoria da verdade em Michele Taruffo”. *Sequência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, n. 74, p. 115-136, dez. 2016.

\_\_\_\_\_. “O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil?”. *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. Lenio Luiz Streck, Eduardo Arruda Alvim e George Salomão Leite coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. “Comentários ao art. 489”. *Comentários ao código de processo civil*. Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha organizadores. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Juiz não é Deus: juge n’est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016.

\_\_\_\_\_. “Os modelos de juiz e a literatura”. *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Compreender direito: nas brechas da lei*. Vol. 3. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Compreender direito: como o senso comum pode nos enganar*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. Vol. 1. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_; ABOUD, Georges. *O que é isto — o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. “O (pós-)positivismo e os propalados e os modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010.

\_\_\_\_\_. “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?”. *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. “Hermenêutica, constituição e processo, ou de ‘como a discricionariedade não combina com democracia’: o contraponto da resposta correta”. *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Felipe Daniel Amorim Machado e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. “Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia)”. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Coordenação de George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. “Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil”. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301, mai./ago. 2003.

STRUCHINER, Noel. “O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações”. *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. José Rodrigo Rodrigues, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa e Samuel Rodrigues Barbosa organizadores. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; HANNIKAINEN, Ivar. “A insustentável leveza do ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental”. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-insustentavel-leveza-do-ser/>>. Acesso em: 16 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. “Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico”. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Daniel Sarmento coordenador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. “Formalismo jurídico”. *Dicionário de filosofia do direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STURM, Susan. “Equality and the Forms of Justice”. *University of Miami Law Review*, v. 58, n. 1, p. 51-82, 2003.

\_\_\_\_\_. “A normative theory of public law remedies”. *Georgetown Law Journal*, v. 79, n. 5, p. 1355-1446, jun. 1991.

STÜRNER, Rolf. “Sobre as reformas recentes no direito alemão e alguns pontos em comum com o projeto brasileiro para um novo Código de Processo Civil”. Tradução de Márcio Flávio Mafra Leal. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 193, p. 355-371, mar. 2011.

\_\_\_\_\_; KERN, Christoph. “Processo civil comparado – tendências recentes e fundamentais”. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 200, p. 203-233, out. 2011.

SUMMERS, Robert S. “O caráter formal do direito”. Tradução de Manoel Gustavo Neubarth Trindade. *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. José Rodrigo Rodriguez organizador. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. 5ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. “Princípio é preguiça?”. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. *Constitutional personae*. New York: Oxford University Press, 2015.

\_\_\_\_\_. *Radicals in Robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

\_\_\_\_\_; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institutions”. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

\_\_\_\_\_. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Tradução de António Monteiro Fernandes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

\_\_\_\_\_. *O espírito da Filadélfia: a justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.*

TALAMINI, Eduardo. “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.

\_\_\_\_\_. “Medidas coercitivas e proporcionalidade: o caso *WhatsApp*”. *Revista Brasileira de Advocacia*, São Paulo, RT, ano 1, n. 1, p. 17-43, jan./mar. 2016.

\_\_\_\_\_. “Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015”. *Revista de Processo*, ano 40, n. 241, São Paulo, RT, p. 337-358, mar. 2015.

\_\_\_\_\_. “*Amicus curiae* – comentários aos art. 138 do CPC”. *Breves comentários ao novo CPC*. Organizadores Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Ribeiro Dantas. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. “Notas sobre o incidente de conversão em ação coletiva”. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXXV, n. 126, p. 58-63, mai. 2015.

\_\_\_\_\_. “Tutela de urgência no projeto do novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 209, p. 13-34, jul. 2012.

\_\_\_\_\_. “Concretização constitucional de direitos fundamentais a prestações positivas do estado”. *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil*. Estudos em homenagem aos 25 anos de docência do professor Araken de Assis. José Maria Rosa Tesheiner, Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto coordenadores. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tutela monitoria*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

TANIGUCHI, Yasuhei. “O código de processo civil japonês de 1996: um processo para o próximo século?”. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro – RJ, ano 96, v. 350, p. 149-166, abr./jun. 2000.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002.

\_\_\_\_\_. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

\_\_\_\_\_. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

\_\_\_\_\_. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

\_\_\_\_\_. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

\_\_\_\_\_. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. “Ideologie e teorie della giustizia civile”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 247, p. 49-60, set. 2015.

\_\_\_\_\_. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. “Addio alla motivazione?”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 1, p. 375-388, mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. “Precedente e jurisprudência”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

\_\_\_\_\_. “La tutela collettiva nell’ordinamento italiano: lineamenti generali”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, anno LXV, n. 1, p. 103-123, mar. 2011.

\_\_\_\_\_. “Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 181, p. 167-172, mar. 2010.

\_\_\_\_\_. “Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno LXV, n. 5, p. 995-1011, set./out. 2010.

\_\_\_\_\_. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza: 2009.

\_\_\_\_\_. “Cultura e processo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXIII, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

\_\_\_\_\_. “Verità negoziata?”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 69-98, sett. 2008.

\_\_\_\_\_. “Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción”. *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, p. 383-392, 2008.

\_\_\_\_\_. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Scientifica, 2007.

\_\_\_\_\_. “La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXI, n. 2, p. 529-537, giu. 2007.

\_\_\_\_\_. “Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 32, n. 143, p. 65-77, jan. 2007.

\_\_\_\_\_. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

\_\_\_\_\_. “Note sulla dimensione transnacional delle controversie civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LIV, n. 1, p. 1055-1069. mar. 2001.

\_\_\_\_\_. “Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 27-48, 2001.

\_\_\_\_\_. “Dimensioni transcultural della giustizia civile”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LIV, n. 4, p. 1047-1084, dic. 2000.

\_\_\_\_\_. “Il modello burocratico di amministrazione della giustizia”. *I metodi della giustizia civile*. A cura di Mario Bessone, Elisabetta Silvestri e Michelle Taruffo. Padova, Cedam, 2000.

\_\_\_\_\_. “Idee per una teoria della decisione giusta”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LI, n. 1, p. 315-328, mar. 1997.

\_\_\_\_\_. “Dimensioni del precedente giudiziari”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLVIII, n. 2, p. 411-430, giu. 1994.

\_\_\_\_\_. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

\_\_\_\_\_. “Modelli di prova e di procedimento probatorio”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, Cedam, anno 45, n. 2, p. 420-448, apr./jug. 1990.

\_\_\_\_\_. “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XLII, n. 1, p. 142-176, mar. 1988.

\_\_\_\_\_. “Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XL, n. 4, p. 1133-1168, dic. 1986.

\_\_\_\_\_. “La fisionomia della sentenza in Italia”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno XL, n. 2, p. 435-467, giu. 1986.

\_\_\_\_\_. *La giustizia civile in italia dal ‘700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

\_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal. “Why the expansion of judicial power?”. *The global expansion of judicial power*. Edited by C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder. New York / London: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. “Um novo olhar sobre o sistema de justiça para o Brasil”. *Juiz constitucional: estado e poder no século XXI*. Estudos em homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. Claudio Lembo, Mônica Herman Caggiano e Manoel Carlos de Almeida Neto coordenadores. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, Fernando Horta; DUTRA, Elder Gomes. “Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento ‘antecipado’ do processo e do procedimento monitorio”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 35, n. 181, p. 59-89, mar. 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

\_\_\_\_\_. *Compromisso com o direito e a justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. “O sistema judiciário norte-americano e o aprimoramento dos seus juizes”. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre – RS, ano VIII, n. 22, p. 182-191, jul. 1981.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O povo e o poder*. 2. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl.– Salvador: JusPODVIM, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. “O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa”. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida coordenadores. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa. “O direito fundamental à igualdade e à uniformização de jurisprudência”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 167-173, jan./jun. 2014.

\_\_\_\_\_; THAMAY, Rennan Faria Krüger. “Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas”. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, ano 23, n. 92, out./dez. 2015.

TESSER, André Luiz Bäuml. *Tutela cautelar e antecipação de tutela: perigo de dano e perigo de demora*. São Paulo: RT, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A garantia do devido processo legal e a busca da verdade”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 77, p. 28-48, mar./abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: 2016.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. “Litigância de interesse público e execução participativa de políticas públicas”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 224, p. 121-153, out. 2013.

\_\_\_\_\_. “Processo justo e contraditório dinâmico”. *Processo coletivo e outros temas de direito processual*. Homenagem aos 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner e 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Organização de Araken de Assis, Carlos Alberto Molinaro, Luiz Manoel Gomes Junior e Mariângela Guerreiro Milhoranza. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”. *Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Coordenação de Humberto Theodoro Júnior, Petrônio Calmon e Dierle Nunes. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Érico. “A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 206, p. 13-59, abr. 2012.

\_\_\_\_\_. “Estrutura e função no campo do direito processual – visão estática e dinâmica do fenômeno jurídico”. *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Coordenadores Humberto Theodoro Júnior e Maira Terra Lauer. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

\_\_\_\_\_. “Tutela antecipada – evolução – visão comparatista – direito brasileiro e direito europeu”. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donald Armelin*. Coordenação de Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula Chiovitti Giannico. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. “Execução das medidas cautelares e antecipatórias”. *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Tereza Arruda Alvim Wambier coordenadores. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. “O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do Direito Processual Civil brasileiro”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano. 25, n. 97, p. 227-239, jan./mar. 2000.

\_\_\_\_\_. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: sentimentos e opiniões. De uma profissão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos*. Livro II. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos da democracia*. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de, “Construindo um modelo de juiz ou de como sair da ‘caixa preta’”. *Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXXVII, n. 87, p. 669-690, 2011.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria*. Padova: Cedam, 1983.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. “Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 26-46, mar. 2013.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: RT, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. “O mínimo existencial como conteúdo dos direitos fundamentais”. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies*. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. “O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *O direito ao mínimo existencial*. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. “Direitos fundamentais”. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Vicente de Paulo Barreto coordenador. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e diversidade: o sujeito democrático*. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998.

\_\_\_\_\_. *Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?* Tradução de Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Piaget, 1997.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Vol. 1. 3th. ed. New York: Foundation Press, 2000.

TRINDADE, André Karam. “Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade organizadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; MORAIS, Fausto Santos de. “Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira”. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011.

TROCKER, Nicolò. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LV, n. 2, p. 381-410, giu. 2001.

\_\_\_\_\_. *Proceso civil e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TUSHNET, Mark. “Os precedentes nos Estados Unidos”. Traduzido por Flavio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 218, p. 99-110, abr. 2013.

\_\_\_\_\_. “Dialogic Judicial Review”. *Arkansas Law Review*, v. 61, n. 2, p. 205-216, 2008.

\_\_\_\_\_. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e diversidade: o sujeito democrático*. Tradução de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. “Contra o processo autoritário”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 40, n. 242, p. 47-65, abr. 2015.

\_\_\_\_\_; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadora. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

VALGUARNERA, Filippo. “Le riforme del processo civile in Norvegia: qualche riflessione comparativa” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXII, n. 3, p. 885-912, sett. 2008.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VASCONCELOS, Fernanda Holanda de. *Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos*. João Pessoa: A União, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. “Desafios à jurisdição em políticas públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia”. *O processo para solução de conflitos de interesse*

*público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. “O garantismo processual”. *Processo civil nas tradições brasileira e ibero-americana*. Coordenadores Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro. Florianópolis: Conceito, 2014.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contra o poder público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

VERBIC, Francisco. “El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación”. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Susana Henriques Costa coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2017.

\_\_\_\_\_. “El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación”. *ANALES*, n. 43, p. 267-286, 2013.

VERDE, Giovanni. “La riforma dell’appello civile: due anni dopo”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, anno LXVIII, n. 3, p. 971-995, sett. 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. “Controle de constitucionalidade e ativismo judicial”. *Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política*. Daniel Wei Liang Wang organizador. São Paulo: Macial Pons, 2013.

VERMEULE, Adrian. *The System of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2011.

\_\_\_\_\_. *Judging Under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_. “Judicial Review and Institutional Choice”. *William & Mary Law Review*, v. 43, n. 4, p. 1557-1567, 2002.

VERONESE, Eduardo Rafael Petry. “I nuovi ruoli del diritto dinanzi all’ordine internazionale: analisi su sovranità e democrazia in Häberle e Habermas”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

VESCOVI, Enrique. “Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia pública”. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

VIANNA, Luiz Werneck. *Ensaio sobre política, direito e sociedade*. São Paulo: Hucitec, 2015.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; CAMARGO, Lucas Amaral Cunha. “A construção de uma sociedade fraterna como interesse tutelado pelo Direito”. *Direito e Fraternidade*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “A desigualdade e a subversão do Estado de Direito”. *Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento*. Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-463, jul./dez. 2008.

VIGORITI, Vincenzo. “Ancora a proposito della superabile crisi del processo civile”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 37, n. 212, p. 353-359, out. 2012.

\_\_\_\_\_. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientada dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012.

VISHINSKI, Andrei. *A prova judicial no direito soviético*. Tradução de Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VITORELLI, Edilson. “Atipicidade dos meios de execução no processo coletivo: em busca de resultados sociais significativos”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 43, n. 275, p. 273-309, jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016.

VUITTON, Jacques; VUITTON, Xavier. *Les référés*. 3. ed. Paris: LexisNexis-Litec, 2012.

VICENTE, Dário Moura. “A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado”. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, RT, ano 3, v. 8, ano 3. p. 275-302, jul./set. 2016.

WAAL, Cornelis de. *Sobre pragmatismo*. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

WACH, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Traducción Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1958.

WALDRAFF, Célio Horst. “Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973”. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba – PR, v. 5, n. 50, p. 113-130, maio 2016.

WALDRON, Jeremy. “Stare decisis and the rule of law: a layered approach”. *Michigan Law Review*, vol. 111, n. 1, p. 1-31, Oct. 2012.

\_\_\_\_\_. “A essência da oposição ao *judicial review*”. Tradução de Adalto Villela e Geraldo de Carvalho. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira organizadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. “The core of the case against judicial review”. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1360, 2006.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Vol. 3. – 16ª ed. refor. e ampl. – São Paulo: RT, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “O juiz aplica a lei à verdade dos fatos?”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 216, p. 425-430, fev. 2013.

\_\_\_\_\_. “Precedentes e evolução do direito”. *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadora. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. “Anotações sobre o Projeto de Lei nº 166/2010, para um novo Código de Processo Civil”. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. Coordenadores Alberto Camiña Moreira, Anselmo Prieto Alvarez e Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_; MEDEIROS, Maria Lúcia Lins Conceição de. “Recursos repetitivos; realização integral da finalidade do novo sistema impõe mais do que a paralisação dos recursos especiais que estão no 2º grau”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 191, p. 187-197, jan. 2011.

\_\_\_\_\_. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

\_\_\_\_\_. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

WANG, Daniel Wei Liang. “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 539-568, jul./dez.2008.

\_\_\_\_\_; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. “Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa”. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.

WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. aum. Porto Alegre: SAFE, 1995.

\_\_\_\_\_. *Introdução geral ao direito I. interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: SAFE, 1994.

\_\_\_\_\_. “Saber crítico e senso comum teórico dos juristas”. *Seqüência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 36, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

\_\_\_\_\_. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”. *Estudos em homenagem a professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes coordenadores. São Paulo: DPJ, 2005.

\_\_\_\_\_. *Da cognição no Processo Civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.

\_\_\_\_\_. “Acesso à justiça e sociedade moderna”. *Participação e processo*. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe coordenadores. São Paulo: RT, 1988.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do poder judiciário no novo CPC*. São Paulo: RT, 2016.

WILLEMANN, Marianna Motebello. “O *judicial review* na perspectiva da ‘geração fundadora’ e a sua afirmação da supremacia judicial nos Estados Unidos”. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, edição especial, Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, p. 157-176, 2014.

WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 7. ed. rev. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. “Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos ‘novos’ direitos”. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. Antonio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite organizadores. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. “Do paradigma político da representação à democracia participativa”. *Sequência (estudos jurídicos e políticos)*, Florianópolis, v. 22, n. 42, p. 83-95, 2001.

WÜLFING, Juliana. “Sociedade paradoxal: qual o espaço da fraternidade?”. *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Organização de Josiane Rose Petry Veronese e Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”. *Negócios processuais*. Coordenadores Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira. Salvador: JusPODVIM, 2015.

\_\_\_\_\_. “‘Efetivação’ da tutela antecipada: uma nova execução civil?”. *Processo e constituição*. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Coordenação de Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

YEAZELL, Stephen C. “Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action”. *Columbia Law Review*, v. 77, n. 6, p. 866-896, Oct. 1977.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “Recursos no direito processual norte-americano”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 221, p. 155-174, jul. 2013.

YOUNG, Iris Marion. “Representação política, identidade e minorias”. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 139-191, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *A crucificação e a democracia*. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPODVIM, 2016.

\_\_\_\_\_. “Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 111, v. 421, p. 269-276, jan./jun. 2015.

\_\_\_\_\_. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl. e alter. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. “Precedentes (*Treat Like Cases Alike*) e o novo código de processo civil – universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da ‘jurisprudência persuasiva’ como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil”. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 39, n. 235, p. 293-349, set. 2014.

\_\_\_\_\_. “A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia”. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANITELLI, Leandro Martins. “Custos ou competência? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível”. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm organizadores. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. Vol. I. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1964.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo de execução: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. “Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 93, v. 339, p. 175-189, jul./set. 1997.

ZHANG, Qi. “O sistema de precedentes e a justiça das decisões na China”. Tradução para o português por acadêmicos do Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul e direito do consumidor” da UFRGS, revisão de Fabiana Peres e da Prof. Dra. Claudia Lima Marques (UFRGS). *Revista de Processo*, São Paulo, RT, ano 38, n. 224, p. 369-389, out. 2013.

ZIMMERMANN, Augusto. “The rule of law as culture of legality: legal and extra-legal elements of the realisation of the rule of law in society”. *Murdoch University Electronic Journal of Law*, v. 14, n. 1, p. 10-31, 2007.

\_\_\_\_\_. “How brazilian judges undermine the rule of law: a critical appraisal”. *International Trade and Business Law Review*, v. 11, p. 179-217, 2008.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODVIM, 2006.

ZUFELATO, Camilo. “Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro”. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Camilo Zufelato, Giovanni Bonato, Heitor Vitor Mendonça Sica e Lia Carolina Batista Cintra coordenadores. Salvador: JusPODVIM, 2016.