

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO EM DIREITO**

**FÁBIO GONDINHO DE OLIVEIRA**

**(NÃO) LEVANDO A SÉRIO A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL COMO LIMITE À  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

**TERESINA/PI**

**2020**

FÁBIO GONDINHO DE OLIVEIRA

**(NÃO) LEVANDO A SÉRIO A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL COMO LIMITE À  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação do Professor João Bachur apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

**TERESINA/PI**

**2020**

FÁBIO GONDINHO DE OLIVEIRA

**(NÃO) LEVANDO A SÉRIO A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL COMO LIMITE À  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

18 de dezembro de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Orientador**  
**João Paulo Bachur**

---

**Prof. Avaliador 1**  
**Paulo Gustavo Gonet Branco**

---

**Prof. Avaliador 2**  
**Nelson Juliano Cardoso Matos**

Dedico este trabalho a toda a minha família.

## AGRADECIMENTOS

Agradecer é fundamental. Este trabalho foi escrito por muitas mãos e somente pode ter sido finalizado por conta do apoio constante de muitas pessoas. Sou extremamente grato a todas elas.

Agradeço, primeiramente, às mulheres da minha vida. Laís, minha esposa, foi essencial, como em tudo que faço. Muito obrigado por ouvir à exaustão todas as minhas ideias e devaneios. Obrigado por segurar as pontas com as crianças para que eu conseguisse escrever algumas páginas, mesmo nos dias mais corridos. Obrigado por todo o amor e compreensão. Agradeço a minha mãe Luiza, por todo o cuidado providencial de mãe e por ser minha eterna fonte de inspiração. Obrigado por todo o amor e compreensão. Finalmente, agradeço a minha filha Isabela por todo o amor, ainda que manifestado pela incompreensão natural de seus dois anos de idade.

Não posso deixar de registrar meu agradecimento, também, aos homens da minha vida: Mateus (meu filho) e Ribamar (meu pai). Muito obrigado.

Impossível não expressar minha gratidão ao meu orientador João Paulo Bachur. Agradeço por todo o seu precioso tempo de pai de dois filhos. Agradeço por deixar o meu caminho menos árduo e muito mais científico, com todas as preciosas dicas, indicações de leitura e pela paciência.

Por fim, importante ressaltar que a conclusão deste trabalho não seria possível sem o apoio de minha grande amiga e incansável revisora Camila Parente, e dos colegas de mestrado. A jornada foi mais proveitosa e fácil com todos vocês ao meu lado.

Muito obrigado!

## SUMÁRIO:

|                                                                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                                               | 8  |
| 1 O PROTAGONISMO JUDICIÁRIO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988.....                                                      | 12 |
| 1.1 Juristocracia: uma breve análise do fenômeno .....                                                         | 12 |
| 1.2 Neoconstitucionalismo, ativismo e voluntarismo - vários “ismos” para uma<br>solução: a autocontenção. .... | 19 |
| 1.2.1 O Neoconstitucionalismo.....                                                                             | 20 |
| 1.2.2 O Ativismo Judicial .....                                                                                | 22 |
| 1.2.3 O Voluntarismo Judicial .....                                                                            | 30 |
| 2 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: EM BUSCA DE UM CONCEITO FUGIDIO..                                                    | 36 |
| 2.1. Autocontenção judicial – a definição de seu substrato histórico e teórico .....                           | 36 |
| 2.2 A doutrina da autocontenção como resposta .....                                                            | 40 |
| 2.3 Autocontenção judicial na jurisprudência do supremo.....                                                   | 45 |
| 3 CONTENÇÃO JUDICIAL - A PROPOSTA DE UM NOVO PARADIGMA .....                                                   | 59 |
| 3.1 A judicialização de medicamentos no STF: o confronto dos conceitos com a<br>realidade jurisprudencial..... | 59 |
| 3.2 Discussão acerca dos resultados .....                                                                      | 72 |
| CONCLUSÃO .....                                                                                                | 86 |
| REFERÊNCIAS .....                                                                                              | 89 |

## **RESUMO:**

A autocontenção judicial costuma ser apontada como postura a ser adotada quando decisões judiciais possuem o potencial de, ao invés de resolver o problema, incrementar o cenário de crise, especialmente diante de demandas que exijam a efetivação de direitos fundamentais de cunho prestacional. Para a demarcação satisfatória do objeto pesquisado, foram identificadas as características básicas da autocontenção judicial na doutrina e na jurisprudência do STF. A metodologia da pesquisa científica que predomina no trabalho é a teórica, com aplicação do método da revisão narrativa em pesquisa bibliográfica exploratória. Com o escopo de conferir um reforço argumentativo e um viés mais prático, o método indutivo também foi aplicado para a observação e descrição do objeto investigado. Para a implementação do método indutivo optou-se por fazer um recorte temático: a análise da evolução da judicialização do direito de acesso a medicamentos perante o STF. Os dados coletados refutaram a hipótese. O confronto de julgados do STF em situações semelhantes foi definitivo para se concluir no sentido da inviabilidade do manejo e exigência, a partir de uma ótica objetiva e de racionalidade decisória, de uma postura autocontida do julgador com a finalidade específica de reduzir o excesso de judicialização. Diante do comportamento decisório estratégico, aponta-se para, a partir da abordagem transdisciplinar do problema, a necessidade de construção de estruturas de contenção judicial norteadas por técnicas da psicologia comportamental e da neurociência para que as tensões existentes entre Democracia e Jurisdição Constitucional sejam, de fato, minoradas.

**Palavras-chave:** Autocontenção Judicial, Racionalidade Justificadora, Voluntarismo Judicial, Modelo Decisório Estratégico.

## **ABSTRACT:**

Judicial self-restraint is usually referred as a position to be adopted when judicial decisions have the potential to, instead of solving the problem, increase the crisis scenario, especially in the face of demands that require the implementation of fundamental rights of a service nature. For the satisfactory demarcation of the researched object, the basic characteristics of judicial self-restraint were identified in the STF and doctrine. A theoretical research methodology based on exploratory bibliographic research with application of the narrative review method is employed in most of the work. To provide an argumentative reinforcement and a more practical bias, the inductive method was also applied for the observation and description of the investigated object. The inductive method was implemented by means of a thematic approach: the analysis of the evolution of the judicialization of the right of access to medicines before the STF. The collected data refuted the hypothesis. The confrontation of STF decisions in similar situations was definitive to conclude in the sense of the impracticability of handling and demanding, from an objective point of view and from rational decision-making, from a self-restrained stance of the judge, with the specific purpose of reducing the excess of judicialization. In view of the strategic decision-making behavior, it is pointed out, from the transdisciplinary approach to the problem, the need to build structures of judicial restraint guided by behavioral psychology and neuroscience techniques, so that the existing tensions between Democracy and Constitutional Jurisdiction are, in fact, minimized.

**Key-words:** Judicial Self-restraint, Justifying Rationality, Judicial Volunteering, Strategic Decision Making Model.

## INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde se apresenta, hoje, como um problema a ser enfrentado e resolvido. De acordo com o relatório *Justiça em Números* (BRASIL, 2020), cerca de 800 mil ações relativas à saúde pública foram propostas nos últimos cinco anos perante os tribunais brasileiros. Apenas um Recurso Extraordinário, o RE nº 566.471, com repercussão geral reconhecida, foi capaz de ocasionar a suspensão de mais de 42 mil processos que veiculam o pedido de fornecimento de medicamentos de alto custo sem dispensação gratuita pelo SUS (BRASIL, 2020). Por falar em fornecimento de medicamentos, cabe destacar que a presente dissertação, apesar de possibilitar o espraiamento de suas conclusões para a judicialização dos diversos direitos fundamentais (principalmente os de cunho prestacional), possui como objeto de análise – recorte científico – a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) relacionada ao fornecimento de medicamentos pelo Estado.

A judicialização da saúde não constitui, necessariamente, um problema. Ela pode ser tida, inclusive, como um avanço civilizatório, um sintoma do desenvolvimento de uma sociedade que toma para si o protagonismo de sua história, efetivando direitos fundamentais insculpidos na Constituição que já foram percebidos como meras normas programáticas, enquanto sinônimas de promessas constitucionais impostuláveis (SILVA, 2008). O excesso de judicialização é que deve ser coibido. O excesso de judicialização na saúde significa uma grande interferência do Poder Judiciário na gestão de um sistema que já possui problemas estruturais e limitações financeiras suficientes para quase que inviabilizar a prestação adequada de um serviço público universal. Ademais, o excesso de judicialização pode ser ainda compreendido a partir de uma perspectiva qualitativa, e não quantitativa: excesso no sentido de ultrapassagem de limites; de perceber que demandas envolvendo o direito fundamental à saúde acabam por abrir espaço a decisões judiciais ativistas, permeadas de fundamentação não jurídica.

Diante do cenário acima descrito nascem os questionamentos: a postura decisória autocontida seria suficiente para minorar os problemas decorrentes do excesso de judicialização? Seria a autocontenção judicial uma postura decisória capaz de mitigar os efeitos do exercício de uma jurisdição constitucional ativista, voltada à efetivação de direitos fundamentais de cunho prestacional, conferindo maior racionalidade e objetividade?

A pesquisa científica parte da hipótese de que a autocontenção judicial deve ser considerada como postura adequada a ser tomada quando decisões judiciais mais arrojadas possuam o potencial de, ao invés de resolver o problema apresentado, incrementar o cenário de crise. Neste contexto, a partir de uma visão transdisciplinar da autocontenção, vista à luz da psicologia comportamental e da neurociência, uma das preocupações do trabalho será a de avaliar se a autocontenção decorre, de fato, de um *animus* interno do julgador, e se ela possui algum grau de conformação objetivamente aferível. Para por em teste a hipótese aventada, o pressuposto lógico é buscar definir o que deve ser compreendido como “postura decisória autocontida”. Antes, porém, para que sejam estabelecidos critérios de referibilidade, é necessário apontar conceitos introdutórios à investigação (como o de jurisdição constitucional, por exemplo) e, principalmente, definir quais seriam os problemas decorrentes do excesso de judicialização. O objetivo é identificar características que não devem ser encontradas no exercício autocontido da jurisdição. Esta preocupação serviu para orientar a organização deste estudo, que foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, cujo título é *O Protagonismo Judiciário pós-Constituição de 1988*, buscar-se-á delimitar o contexto para o qual a autocontenção seria uma resposta adequada. Para tanto, aspectos conceituais serão abordados e desenvolvidos, estabelecendo as premissas que fundamentarão o desenrolar de todo o trabalho. Serão abordadas, por exemplo, as noções de: Neoconstitucionalismo; Ativismo Judicial; e Voluntarismo Decisório. A profunda divergência conceitual que circunda os fenômenos mencionados será, entretanto, evitada para que se privilegie o foco no objeto da pesquisa. Para tanto, serão adotadas, basicamente: i) no Neoconstitucionalismo, a visão de Pozzolo (1998), Sanchís (2003), e Mendes (2011); ii) no Ativismo Judicial, as percepções de Barroso (2009), Abboud e Mendes (2019); e iii) no Voluntarismo Decisório, as compreensões de Streck (2008), de Bachur (2002) e de Bezerra Neto (2019). O objetivo é dar destaque a características que não devem ser encontradas em decisões judiciais autocontidas.

No Capítulo 2 (*Autocontenção judicial: em busca de um conceito fugidio*), o foco será a busca por um conceito, adequado à pesquisa, de autocontenção judicial, levando-se em consideração as noções construídas pela doutrina especializada, bem como a maneira como os ministros do STF costumam empregá-la em suas decisões. Para identificar os contornos da postura decisória autocontida utilizada na *praxis* mostra-se indispensável a análise dos julgados da Corte. Neste momento, é oportuno destacar que a

metodologia da pesquisa científica que predomina no trabalho é a teórica, com aplicação do método da revisão narrativa para direcionar a pesquisa bibliográfica exploratória, implementada pela leitura de artigos científicos disponíveis na internet, livros doutrinários e da legislação. Entretanto, em pontos específicos, com o escopo de conferir um reforço argumentativo e um viés mais prático, será utilizado o método indutivo para a observação e descrição do objeto investigado, através, principalmente, da técnica de pesquisa de documentação indireta, voltada para a coleta e análise de julgados.

Para a implementação satisfatória do método indutivo optou-se por fazer, no Capítulo 3 (*Contenção Judicial - a proposta de um novo paradigma*), o recorte científico mencionado logo no primeiro parágrafo desta introdução: análise da evolução da jurisprudência do STF, relativa especificamente ao tema da judicialização do direito de acesso a medicamentos. Com efeito, foram analisadas duas decisões emblemáticas, quais sejam: a STA nº 175 (BRASIL, 2010); e o RE nº 657.718 (BRASIL, 2019), escolhidas por representarem a adoção de critérios que autorrestringem o espaço de discricionariedade jurisdicional acerca da temática. A análise das decisões mencionadas realizar-se-á com o uso da técnica de confronto de julgados, objetivando averiguar os desdobramentos da implementação de seus comandos decisórios. O comportamento do STF em situações semelhantes será definitivo para se concluir acerca da (in)viabilidade do manejo e exigência, a partir de uma ótica objetiva e de racionalidade decisória, de uma postura autocontida do julgador, com a finalidade específica de reduzir o excesso de judicialização.

Na parte final do último capítulo o problema passará a ser enfrentado a partir de uma perspectiva transdisciplinar. Tal preocupação possui o condão de complementar a observação e discussão dos resultados que serão obtidos, sendo importante para examinar se decisões judiciais autocontidas não recebem influências exôgenas, do contexto fático ou do momento histórico em que se encontra o magistrado.

Para desenvolver satisfatoriamente a questão da complexidade de uma postura autocontida, noções e estudos das áreas da psicologia comportamental e da neurociência serão introduzidas. A utilização das duas ciências e suas interfaces com o Direito se justifica na medida em que o juiz, como ser humano que é, não escapa das regras comportamentais ou mesmo dos mecanismos cerebrais para a tomada de decisões há muito tempo estudadas tanto pela Psicologia Comportamental quanto pela Neurociência (NOJIRI, 2019). Ao analisar a autocontenção judicial na perspectiva metajurídica apontada, tem-se como objetivo demonstrar em que medida a autocontenção, seja ela qual

for (inclusive a judicial), nasce de uma motivação intrínseca e volitiva do julgador, e qual seria o grau de dificuldade de implementação deste tipo de processo decisório nas demandas jurídicas. Sob este viés, se buscará investigar se a autocontenção deve ser tida como solução primeva, como critério inicial a ser observado em uma técnica decisória, ou se se faz necessário construir uma noção de postura decisória de contenção judicial, pautada na transdisciplinariedade proposta, bem como no pensamento de Unger (2004) ao analisar o papel do Judiciário, do direito e do futuro da democracia.

## **1 O PROTAGONISMO JUDICIÁRIO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O estudo dos limites da jurisdição constitucional e de técnicas de controle de racionalidade das decisões judiciais exigem, antes, a demonstração, ainda que breve, do contexto histórico que ocasionou o protagonismo judiciário que hoje se constata, especialmente na realidade política brasileira.

A autocontenção judicial, no presente estudo, será apontada, por fazer parte essencial da hipótese a ser testada, como sendo a resposta, ou postura, apropriada a diversos problemas. Neoconstitucionalismo, uso abusivo de princípios (panpricipiologia), judicialização excessiva, crise das instituições democráticas, ativismo judicial, são apenas alguns dos exemplos de problemas cuja resposta aqui se atribui à autocontenção judicial.

O presente capítulo possui a preocupação científica de desenvolver uma sequência de argumentos para apresentar o “estado da arte” em que se encontra o debate. Aqui será apresentada a noção de protagonismo judiciário, que ajuda a perceber a extensão e o conceito de jurisdição constitucional, além de apresentar o rol de problemas que, supostamente, a autocontenção poderia ajudar a solucionar. Deve ser, ainda, compreendido como sendo o momento de reflexão acerca da atual tensão existente entre Direito e Política (Judiciário vs. Legislativo/Executivo), decorrente da cada vez maior busca pelo Judiciário para a resolução e enfrentamento de questões políticas que deveriam, supostamente, ser melhor enfrentadas por meio de um devido processo legislativo em suas arenas políticas clássicas, e que, para tanto, a autocontenção judicial seria, mais uma vez, uma das respostas adequadas ao(s) problema(s).

### **1.1 Juristocracia: uma breve análise do fenômeno**

A partir de meados do século XX, principalmente após a II Guerra Mundial, como destaca Carvalho Filho (2014), o Judiciário se desenvolveu, assumindo o papel de instância responsável pela garantia de direitos fundamentais e pelo controle de atos do poder público. As novas funções constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário decorreram de um ambiente extremamente favorável. A consolidação dos princípios enquanto espécie normativa, a distinção entre texto e norma e o papel de guardião constitucional, em um cenário de desconfiança na legislação, construíram uma

contingência que ascendeu o Judiciário a um protagonismo sem precedentes (CARVALHO FILHO, 2014). A simples rejeição dos pedidos por impossibilidade jurídica, que seria a resposta adequada no modelo jurídico até então conhecido, não se mostrou mais viável como alternativa político-institucional.

Foi nessa atmosfera que surgiu a locução “ativismo judicial” para designar, de forma genérica, o suposto abuso desse movimento de expansão do Judiciário dentro da configuração institucional do Estado, materializado por decisões judiciais criativas, algumas vezes desprovidas de racionalidade, nas quais se pressupunha uma indignidade da legislação e de atos de gestão em sentido amplo (LEAL, 2010).

A dicotomização de posturas dos operadores do sistema de Justiça (ativistas de um lado e autocontidos de outro), aliada à consolidação dos princípios enquanto espécie normativa, a distinção entre texto e norma e o papel de guardião constitucional, construíram uma contingência que ascendeu o Judiciário a um protagonismo sem precedentes, como é perceptível da sucessão dos acontecimentos históricos mencionados.

Um dos primeiros avanços apresentados à Democracia diz respeito à feição majoritária que não só predomina como a caracteriza. Buscando evitar que regimes democráticos fossem transformados em ditaduras da maioria, ao longo dos anos, diversos institutos foram desenvolvidos para tentar minorar os efeitos eventualmente deletérios do aludido paradoxo, tais como: o direito ao voto direto e com poucas restrições; a tripartição dos poderes estatais; o desenvolvimento do sistema de freios e contrapesos com a finalidade de equalizar os referidos poderes; e a famosa e controvertida *judicial review*.

Assim, conforme destacado por Abboud (2020), dentro de um regime democrático, as decisões capazes de afetar a todos devem ser, necessariamente, tomadas por uma coletividade, segundo o princípio majoritário. Mas que, ainda assim, não é possível conceber que estas decisões se concretizem plenamente apenas com base na vontade da maioria, pois a maioria degenera. Ainda segundo Abboud (2020) para a construção da democracia são essenciais mecanismos contramajoritários para a proteção de direitos e de segmentos da sociedade, como o controle de constitucionalidade, por exemplo. Mecanismos contramajoritários foram capazes de resolver a crise oriunda do Pós-Guerra. Porém, novas crises se anunciam.

Em um Estado Democrático o ideal seria que todo o poder emanasse do povo, o exercendo por meio de representantes eleitos ou diretamente, e que Legislativo, Executivo e Judiciário fossem independentes e harmônicos, respeitando suas esferas de

atuação, autocontendo-se sempre que se deparassem com situações que os desafiassem a ultrapassar seus limites institucionais.

Conforme já mencionado, para impedir que o regime democrático se transformasse numa ditadura da maioria, atribuiu-se ao Judiciário uma função contramajoritária, tal como observado por Ferrajoli (2014) e Dworkin (2010), o papel de efetivador dos direitos e garantias fundamentais de minorias identitárias. Delineando os papéis desempenhados pelas cortes constitucionais no exercício de suas jurisdições, Barroso (2017) elenca outras duas importantes atribuições ao lado da contramajoritária. Em sua classificação, o papel contramajoritário se verifica quando os tribunais constitucionais invalidam atos dos outros Poderes; o papel representativo ocorreria quando são atendidas as demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e o papel iluminista (o mais controvertido), quando a jurisdição constitucional é capaz de promover determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas acabam por configurar uma imposição natural do processo civilizatório, conferindo-lhe o papel de superego de uma sociedade supostamente órfã de seus atores políticos clássicos, tal como denunciado por Ingeborg Maus (2000).

O protagonismo judiciário brasileiro costuma ser associado à promulgação da Constituição Federal de 1988, carta política que teria inaugurado o modelo ao coferir aos Tribunais o papel de dizer a última palavra nas mais diversas hipóteses de conflitos de interesses (SCHULZE, 2019, p.159). O ano de 1988, todavia, não pode ser apontado como o termo de início de adoção efetiva de uma postura protagonista do STF. Acerca especificamente deste tema, Cerqueira Neto (2020) apresenta dois marcos temporais que, segundo o autor, são mais significativos, refletindo verdadeiros pontos de virada na evolução constitucional brasileira. São os anos de 2003 e 2007.

Em abril de 2003, o Min. Moreira Alves aposentou-se, representando o fim da presença de ministros indicados pelo regime militar na composição do Supremo. A nova composição, mais plural por adotar como critérios de escolha aspectos como gênero, etnia, origem regional e apoio de movimentos sociais, devia sua investidura a lideranças políticas que lutaram pela redemocratização e eram comprometidas com a efetividade da Constituição. A renovação da composição do Supremo promoveu uma nova orientação jurisprudencial, intensificada pelas inovações processuais e pela reforma da justiça. Os novos instrumentos de controle de constitucionalidade ampliaram o acesso ao tribunal, elevaram o número de casos julgados e de leis declaradas inconstitucionais e o impacto de suas decisões (CERQUEIRA NETO, 2020).

O segundo marco temporal apontado por Cerqueira Neto (2020) é o ano de 2007, período em que uma nova jurisprudência reposicionaria o mandado de injunção como instrumento com efeito individual e concreto. As primeiras composições do Supremo, no entanto, não corresponderam às potencialidades que o constituinte lhe conferiu. Os ministros foram seletivos no uso de seus poderes autolimitando sua atividade interpretativa.

O Brasil, particularmente, encontra-se em uma quadra da história que sinaliza que a expansão da Jurisdição Constitucional ainda possui fôlego para crescer, apresentando como novas fronteiras a função iluminista das Cortes Constitucionais (BARROSO, 2017), especialmente diante de omissões inconstitucionais e a incorporação das *Structural Injunctions*, que, em linhas gerais, podem ser entendidas como sendo decisões judiciais que visam reestruturar serviços públicos que não efetivam a contento direitos e garantias constitucionais, acrescentando a função de gestor/interventor às atribuições do magistrado (BAUERMANN, 2017).

Apresentando uma visão crítica acerca dos fatos, Hirschl (2007) forjou o conceito de juristocracia (*juristocracy*) que consiste no fenômeno de transferência de poder das instituições representativas para as judiciárias, estabelecendo o dogma da legitimidade de se garantir direitos pela via judicial, ainda que para isso se exija a contraposição ao decidido nas arenas políticas clássicas. O autor destaca que o movimento de substituição da democracia parlamentar por um modelo constitucional, não necessariamente reflete uma evolução social. Hirschl (2007) alerta exatamente em sentido contrário, afirmando que a transferência de poder, e de debates eminentemente políticos, para o Judiciário ocorreu e ocorre de maneira proposital, orquestrada pelas elites políticas e econômicas que se encontram no controle das estruturas de poder.

Um dos achados da pesquisa empírica realizada por Hirschl (2007), coletando dados por mais de quatro décadas e em quatro países de realidades culturais bem distintas, demonstra que o protagonismo judiciário não foi capaz de refletir numa mudança significativa do cenário de implementação de direitos que exigem do Estado uma atuação mais incisiva, como na efetivação de direitos sociais. Diante dos dados colhidos, uma conclusão que se pode chegar é que a “revolução constitucional” cria a ilusão de que o Poder Judiciário pode instituir um cenário de justiça social equânime, iluminista até, como defende Barroso (2017).

As frustrações advindas da “revolução constitucional” acabaram por tornar mais evidentes os efeitos colaterais decorrentes do excesso de jurisdição. Hirschl (2007) alerta

que a possibilidade ampla e irrestrita de tudo poder ser judicializado atribui poder desproporcional ao Judiciário, fato que coloca em questão a ordem democrática. Na realidade brasileira, o fenômeno configurou um Supremo Tribunal como uma das cortes com mais poderes institucionais do mundo (sendo, ao mesmo tempo, corte constitucional, revisional e penal), transformando seus integrantes em árbitros supremos das questões centrais da vida coletiva e das disputas políticas (LOUREIRO, 2014).

De todos os regimes políticos, a democracia, talvez, seja o melhor por possuir uma vocação intrínseca para institucionalizar conflitos, encarando o dissenso como diferença, mas não como incompatibilidade de se viver em sociedade. Por outro lado, a democracia possui, também como vocação natural, a característica de não conseguir discernir, ou conceber como relevante, o conceito de verdade. No regime democrático o consenso da maioria (e não o habermasiano) é suficiente para legitimar a tomada de decisões.

Sempre sob a perspectiva da existência de legitimidade democrática, caberia aos Poderes eleitos o papel de tomar decisões de natureza moral, política, religiosa etc., restando ao Judiciário o papel de aplicador da lei e de estabilizador de expectativas, restringindo-se a decidir por meio do código binário lícito/ilícito (LUHMANN, 2002), por exemplo. Ocorre, todavia, que diariamente a realidade é “surpreendida” por decisões judiciais permeadas de valorações de cunho moral, político, econômico, religioso. Decisões que materializam a judicialização da política e o ativismo judicial (sem a menor conotação negativa, ao menos neste momento) são cada vez mais corriqueiras. A tripartição clássica dos poderes estatais nunca foi tão anacrônica, diante do nebuloso desenho institucional hodierno.

Mesmo o argumento da competência funcional (NEUBORNE, 1998), que considera o atual cenário caótico e interpenetrado, que exige do Estado uma intervenção mais arrojada, não se encaixando, por vezes, na classificação hermética da tripartição clássica, priorizando, assim, a separação de funções de acordo com as condições de cada Poder para melhor desempenhá-las, mesmo ele, aparenta não ser suficiente para conformar a atuação judicial. Para Vermeule (2006) a imagem do Judiciário costuma ser idealizada, enquanto o Executivo e Legislativo carregam uma imagem de indignidade, consequências de projeções e expectativas não atingidas.

Partindo de uma perspectiva institucionalista, Sunstein e Vermeule (2002) alertam que a controvérsia a ser solucionada encontra-se na procura e descoberta de quem possui repertório instrumental suficiente para responder adequadamente às demandas

levadas à apreciação das instituições públicas. A Teoria das Capacidades Institucionais é revolucionária, neste aspecto, tendo em vista que, diferentemente do propugnado pela clássica separação dos Poderes, a nova proposta de repartição de atribuições e competências aparenta ser dinâmica e dependente das idiossincrasias de cada caso levado ao Estado.

No tocante, especificamente, à função de interpretar as normas, Sunstein e Vermeule (2002) afirmam ser indevida a discussão acerca de “como os juízes devem decidir”. Para os autores, a correta questão a ser enfrentada é “quem deve decidir”, resposta que deve ser alcançada através da análise empírica, formalista e consequencial, impondo ao Judiciário um dever de deferência quando não estiver diante de matéria eminentemente jurídica.

Nesta linha, Sunstein (2001) defende o exercício minimalista da jurisdição, entendendo-o adequado:

Quando o Tribunal está lidando com uma questão constitucional de alta complexidade, que afeta profundamente muitas pessoas, ou sobre a qual o país está dividido (ante razões morais ou outras). A complexidade pode resultar da falta de informações, de circunstâncias cambiantes ou da incerteza moral (legalmente relevante) (SUNSTEIN, 2001, p. 5).

Rousseau (1997), em sua crítica à percepção aristotélica de política e democracia ideal, apresenta uma noção de democracia enquanto regime perfectível, capaz de aprimorar-se diante das adversidades e de momentos de crise, mesmo das autoritárias. Esta percepção evolutiva é a linha fundamental do pensamento que se buscará aqui desenvolver, contrapondo-se ao argumento que aponta que o ativismo judicial proporciona, como efeito colateral intransponível, uma suposta corrosão institucional e democrática.

Em sua *Teoria Estruturante do Direito*, Friedrich Müller (2011) alerta, ao tratar a maneira como se relaciona o Direito e a realidade, que sempre se busca alcançar uma compreensão adequada da norma, sob o ponto de vista da teoria, compreensão esta que não seja predeterminada pela enorme distância conceitual entre a norma e a realidade.

A análise da tensão existente entre Democracia e Jurisdição Constitucional muitas vezes é realizada partindo-se de uma perspectiva puramente normativa. O desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial pautada em critérios de racionalidade, de balizamentos à discricionariedade e da vedação à utilização de critérios morais e políticos (por exemplo) na fundamentação de decisões judiciais, apontam para um “dever ser”, para um quadro ideal de normalidade. Sem falar no questionamento da própria

função da *judicial review* (WALDRON, 2007). Mas não é essa a realidade. Julgamentos morais, judicialização da política e ativismo judicial são exemplos que demonstram o distanciamento referido por Müller (2011).

No livro *Como morrem as democracias*, os autores Steven Levitsky e Daniel Ziblato (2018) não se contentam com a mera descrição do estado das coisas ou com a apresentação de respostas idealistas. O livro busca testar empiricamente uma espécie de fórmula desenvolvida pelo sociólogo Juan Linz, para conseguirem identificar traços de autoritarismo em candidatos à presidência de países democráticos.

Levitsky e Ziblato (2018) afirmam o importante papel das instituições políticas, no uso do sistema de “freios e contrapesos”, para a preservação das democracias. Não encarar o Judiciário como uma destas instituições é abrir mão de um importante escudo democrático frente a ameaças autoritárias. Muitas vezes, a perpetuação da inatividade decisória, seja ela política ou jurídica, acaba por acentuar um cenário de atrofia de direitos e garantias fundamentais, aumentando o déficit de normatividade constitucional (FALLON, 2018). É a partir desta visão que se deve seguir o debate.

Ao longo do século XX, especialmente depois de sua primeira metade, o regime democrático espalhou-se ao redor do globo, sendo tido como o melhor dos regimes, ao menos em sua parte ocidental. Tais regimes passaram a exigir cartas constitucionais garantidoras das mais diversas espécies de direitos, inclusive os sociais, que exigem, por sua própria natureza, a criação de políticas públicas para que sejam efetivados. Assim, a inatividade política resulta, inexoravelmente, na possibilidade de judicialização da questão (BARROSO, 2009b).

Não por coincidência, o fenômeno do expansionismo judicial e da judicialização da política, também ocorre no mesmo momento histórico. Neste contexto, os tradicionais *players* políticos passam a observar o mencionado fenômeno pela ótica que lhe é peculiar, qual seja: a ótica política. Dentro desse universo de tensões e de ausência de diálogos institucionais, o esperado seria que o Legislativo, por exemplo, buscasse esvaziar a pauta de julgamentos de questões políticas que se encontrassem nos escaninhos do Judiciário, numa tentativa de demonstrar a sua irrisignação com a turbação perpetrada nos domínios da política (MENDES, 2008).

Executivo e Legislativo, diante da onda expansionista do Judiciário, acabaram por utilizá-la em seus próprios benefícios. Na nova engenharia constitucional, a desidratação de determinadas celeumas políticas pode ser muito interessante quando se pensa em “não aborrecer o seu eleitor” e na economia de capital político.

Fallon (2018) está correto ao afirmar que a intervenção judicial em determinados conflitos é legítima e se justifica quando os benefícios morais advindos da decisão forem superiores aos custos morais da ausência de intervenção. Mas este pensamento aparenta ser incompleto. Mesmo a intromissão indevida do Poder Judiciário em particularidades de outros sistemas (como o Econômico; Político; ou Religioso), acaba por desencadear uma série de respostas sistêmicas (LUHMANN, 2002), como nos casos de *backlash*, que podem ocasionar deformidades recíprocas capazes de resultar no aprimoramento da Democracia, bem como da própria Jurisdição Constitucional. Aprimoramento, não colapso.

Uma das pretensões deste estudo é demonstrar, ou ao menos provocar, a percepção da autocontenção judicial a partir de um novo olhar, aliada à tendência à perfectibilidade do regime, o que resultaria numa espécie de existência de uma “tenacidade democrática”, tenacidade aqui percebida como a capacidade de absorção de energias (ou irritações) por meio de deformações, mas não de fraturas (CALLISTER JR.; RETHWISCH, 2016). Uma medida do quão resistente ela é à propagação de “trincas” oriundas do embate natural das instituições democráticas.

Após a rápida apresentação do cenário contingencial que levou o Judiciário a se posicionar da maneira que hoje se posiciona nos mais diversos temas, é chegada a hora de analisar o rol de problemas ao qual a autocontenção judicial será aqui dada, e testada, como resposta.

## **1.2 Neoconstitucionalismo, ativismo e voluntarismo - vários “ismos” para uma solução: a autocontenção.**

Para analisar se uma postura judicial autocontida, de fato, pode colaborar com a estabilidade do sistema jurídico e preservação da Democracia, incrementando a racionalidade decisória e evitando julgamentos não jurídicos, antes de tudo, porém, é preciso que os conceitos de Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Voluntarismo Decisório sejam minimamente definidos.

O raciocínio aqui desenvolvido será sequencial: a teoria neoconstitucionalista deve ser evitada para não subsidiar decisões ativistas, permeadas de voluntarismo, sob pena de se colocar em risco toda a racionalidade do sistema, bem como a integridade de todas as instituições democráticas (GALVÃO, 2012). Conforme se demonstrará ao longo de toda a dissertação, a delimitação dos termos e critérios metodológicos adotados na

pesquisa, além da prévia construção de referenciais bem delineados daquilo que se espera que a autocontenção resolva ou não seja, é fundamental.

### **1.2.1 O Neoconstitucionalismo**

Com a diferenciação do sistema político do sistema jurídico, ocorrida notadamente a partir da consolidação da ideia de Constituição escrita no século XVIII, o problema da vinculação do intérprete ao texto passou a ser encarado com cada vez mais seriedade. A Constituição passou a ser considerada, na linguagem de Luhmann, em sua teoria dos sistemas sociais, o acomplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico (VIANA, 2018).

A separação das funções do Estado entre órgãos diferentes, um dos pilares jurídico-políticos de praticamente todas as Constituições escritas, desde o século XVIII (BACHUR, 2002), acabou por tensionar a relação de vinculação do intérprete ao texto. Como a atividade de escrever e a de interpretar o que foi escrito foram atribuídas, por força mesmo da separação de funções, a órgãos diversos do Estado, a saber: o Legislativo e o Judiciário, respectivamente, o grau de desprendimento da aplicação da lei ao caso concreto ganhou margens elásticas, discricionariamente manuseadas pelo intérprete. O mito do legislador onisciente e onipotente, em particular no século XIX, foi uma ideologia que ajudou a refrear a atividade criativa do direito por parte do Judiciário, como forma de garantir que este não abusaria das suas competências. Mas as exigências da vida prática do direito sempre acabaram criando válvulas de escape para interpretações criativas, apelando-se sobretudo para a ideia de que há lacunas no direito escrito que devem ser preenchidas sempre que haja um conflito sob a apreciação do Judiciário (BACHUR, 2002).

Os limites da Jurisdição Constitucional, especialmente no século XX pós 2ª Guerra, até os dias atuais, são constantemente alvos de debates (CARVALHO FILHO, 2014). A tensão existente entre a Jurisdição Constitucional e a Democracia aparenta apenas crescer, crescimento este potencializado, em grande medida, pela flexibilidade decisória conferida pelo Neoconstitucionalismo.

O Neoconstitucionalismo pode ser compreendido, ressalvadas as críticas, como sendo uma espécie de movimento constitucionalista, verificável especialmente após o término da II Guerra Mundial, que serve de embasamento teórico para o ativismo judicial e para o voluntarismo judicial. Apesar da ausência de unanimidade, é possível conceitua-

lo como sendo uma teoria que, a despeito de não retirar a importância da lei, parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela (BARROSO, 2014).

Resumindo a mudança de perspectiva proposta pelo Neoconstitucionalismo, Sanchís (2003) identifica nele a presença de mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipotência da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos relevantes, no lugar dos espaços isentos a favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial no lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, as vezes tendenciosamente contraditórios, no lugar de uma homogeneidade ideológica.

Pozzolo (1998), a pioneira na utilização do termo, explica que o Neoconstitucionalismo é uma política constitucional baseada em um modo específico de interpretação, baseada em um modelo prescritivo de Constituição, que determina certas exigências e o manejo da técnica hermenêutica da ponderação, convertendo-se em uma prática social capaz de redefinir o objeto que interpreta. Em outras palavras, o Neoconstitucionalismo constitui um modo específico de conceber o Direito, valorizando, sobremaneira, o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo uma teoria que busca, inequivocamente, influenciar o comportamento dos atores jurídicos, atribuindo-lhes o papel de transformador de realidade sociais (GALVÃO, 2012).

É preciso, desde logo, destacar que o Neoconstitucionalismo não se confunde com o fenômeno da judicialização da política ou dos mais variados temas. Apesar de coincidir com o período do Pós-Guerra, a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo levadas ao Judiciário e por ele decididas. A judicialização consubstancia, assim, uma circunstância decorrente do próprio desenho institucional brasileiro, por exemplo, e não uma opção política do intérprete, ou atitude decisória, autoconcedida pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2014).

Neste particular, Gilmar Mendes (2011) ao discorrer acerca da condição de *policy-maker* das Cortes Constitucionais deixa clara a perspectiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao destacar que a judicialização de políticas públicas possui características próprias no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do desenho de Estado apresentado pela Constituição Federal de 1988. Em virtude de seu conteúdo programático e, na mesma medida, analítico, os Poderes ficam adstritos às normas constitucionais. Quando, todavia, as medidas adotadas pelos Poderes Legislativo e

Executivo se mostram insuficientes, é papel do Judiciário conferir prestação jurisdicional efetiva e obediente aos preceitos constitucionais.

A judicialização relaciona-se com a organização de matérias que apresentam uma envergadura constitucional, sendo justificável, portanto, que o seu debate aconteça perante uma corte constitucional. Tal estrutura não guarda relação com o conteúdo, nem tão pouco, com a postura decisória ou teorias que venham a lastrear as decisões tomadas nos casos judicializados.

Assim, complementando o desenvolvimento da ideia da condição de *policy-maker* das Cortes Constitucionais, Mendes (2011) destaca, ainda, que em situações específicas, a alternativa da adoção de uma atitude passiva de *self-restraint* pelo Supremo Tribunal Federal teria sido mais prejudicial ou menos benéfica para a democracia, competindo, em tais casos, ao Tribunal utilizar de fundamentos aptos a proferir uma decisão efetiva sobre a matéria, não se limitando a critérios de ordem puramente jurídica – os quais, conforme já apontado, podem demonstrar-se insuficientes para a melhor solução da celeuma processual. Contudo, ao utilizar esses critérios, o Tribunal deve se ater às repercussões fáticas do caso, a fim de evitar catástrofes de ordem política (MENDES, 2011).

Como se observa, Judicialização e Neoconstitucionalismo não devem ser confundidos por possuírem conceitos bem distintos. Apesar disto, a Judicialização, por vezes, acaba constituindo a oportunidade para a implementação de uma teoria neocostitucionalista. No campo doutrinário, como destaca Galvão (2012), o que tem aparentemente justificado essas intervenções questionáveis do Supremo Tribunal Federal na esfera de conformação legislativa é o que se convencionou chamar de Neoconstitucionalismo, que possui como marcas características a aplicação direta e a efetividade de princípios constitucionais, além da prática da ponderação de valores como ferramentas interpretativas.

### **1.2.2 O Ativismo Judicial**

A doutrina costuma apresentar certa divergência ao buscar definir o precedente em que primeiro se detectou os traços característicos do ativismo. O caso *Brown v. Board of Education* costuma ser apontado como sendo um dos principais marcos do ativismo no Judiciário norte-americano, que foi reconhecido como o órgão apto a realinhar o sistema educacional dual, dando efetiva vigência a valores constitucionais não atendidos

adequadamente por políticas públicas, *case* que acabou iluminando diversas outras cortes constitucionais, como a brasileira, por exemplo (BAUERMANN, 2017).

Conforme destacado por Desirê Bauermann (2017) o caso é referente à ação proposta pela *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), associação voltada para a defesa dos direitos civis de pessoas negras, para discutir o alto índice de separação entre brancos e negros, ofendendo não só a constituição norte-americana, como o próprio entendimento absurdo da doutrina do *separate but equal*, tendo em vista o baixo nível de qualidade das instituições de ensino reservadas para a população negra. O pedido da ação não era indenizatório, mas cominatório. Pedia-se que, por meio de decisão judicial, que as instituições envolvidas fossem reformadas para que não mais recusassem a matrícula de crianças e adolescentes apresentando como fundamento a cor da pele. O caso foi julgado na Suprema Corte em 17 de maio de 1954, ocasião em que se reconheceu a inconstitucionalidade decorrente da segregação mencionada acima.

Foi nessa atmosfera que surgiu a expressão “ativismo judicial” para designar, de forma genérica, o abuso desse movimento de expansão do Judiciário dentro da configuração institucional do Estado. Embora seja hoje amplamente empregada em debates políticos e jurídicos, a expressão “ativismo judicial” não tem seu significado bem estabelecido. Costuma ser praxe afirmar que a origem da expressão é norte-americana, e que teria sido Arthur Schlesinger Jr. quem cunhou o termo para significar algo relacionado ao exercício mais arrojado do poder pelos juízes nas suas decisões (LEAL, 2010).

Tentando esclarecer o significado da expressão, Barroso (2009) observa que o ativismo judicial pode referir-se a coisas bem distintas, caracterizando-se: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; ou b) pela declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; ou c) pela imposição de condutas e abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

A procura pela origem histórica da expressão revela que ela, antes de ser caracterizada quase como um instituto jurídico de profundas raízes filosóficas e ideológicas, nasceu como um bordão jornalístico simplesmente, que tentava impingir uma pecha sobre os juízes que tinham certa visão sobre o fenômeno jurídico, e não algo

refletido e bem delineado. É certo que, apesar disso, ou talvez por isso, a expressão popularizou-se, incorporando-se não apenas ao vocabulário jornalístico, senão também ao mundo político e até mesmo às obras jurídicas (no *Google Scholar*, por exemplo, a busca pela expressão apresenta mais de 25 mil resultados). Entretanto, ironicamente, quanto mais ela é usada, mais se mostra escorregadia, ambígua e retórica, com exceção do seu valor semântico depreciativo, representado pelo sufixo “ismo”.

Com efeito, a percepção de que a função judicial poderia ser exercida ou com absoluta circunscrição ao texto das leis, ou com certa dose de criatividade e de liberdade para inovar, é mais antiga que a expressão “ativismo judicial”. Na história jurídica brasileira, não faltam exemplos do que seriam “ativismos” ocorridos antes de essa expressão ter sido criada. A “Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus*” (MIRANDA, 1972) é exemplo de um “ativismo” que já existia. O art. 72, § 22, da Constituição de 1891 não deixava claro se o remédio constitucional deveria servir apenas para salvaguardar o direito à liberdade de locomoção. O dispositivo deixava espaço para que se compreendesse que a tutela constitucional abarcava qualquer direito. Mas esse espaço só seria aproveitado por uma postura judicial ativa, que buscasse dar essa amplitude ao texto, como de fato aconteceu à época (MIRANDA, 1972). Ou seja, como costuma acontecer, as palavras não antecedem aos fatos que lhe dão o nome. Esta percepção não é, entretanto, unânime na doutrina ou contemporânea, enquanto fenômeno social, em todas as mais diversas realidades jurídicas. Branco (2011), por exemplo, afirma que ativismo judicial só passa a ser reconhecida no contexto histórico-jurídico europeu, por exemplo, após a II Guerra Mundial, tendo em vista que um de seus mais importantes pressupostos de existência, a ideia de supremacia constitucional, apenas foi incorporada aos ordenamentos jurídicos hodiernos do Velho Mundo, em meados do século XX.

Voltando ao uso pioneiro da expressão, de fato, Arthur Schlesinger Jr., aparenta ter sido quem primeiro utilizou a locução “ativismo judicial” (*judicial activism*), apresentando-a ao público em um artigo da revista *Fortune* em janeiro de 1947 (KMIEC, 2004). O texto de Schlesinger traçava o perfil dos juízes da Suprema Corte à época e explicava as convergências e divergências entre eles. O artigo delineou os perfis ideológicos dos justices Hugo Black, William Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge como “ativistas judiciais”. Por outro lado, os justices Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton seriam os “campeões da autorrestrrição”. Já o Justice Stanley Reed e o Chief Justice Frederick Vinson formariam um grupo intermediário (KMIEC, 2004).

Schlesinger pondera que, em 1947, nenhum desses juízes questionou abertamente a constitucionalidade do *New Deal*. Em vez disso, a Corte se dividiu sobre a interpretação da legislação e “a devida função do judiciário em uma democracia”. Ainda segundo Schlesinger, o grupo Black-Douglas acreditava que a Suprema Corte poderia desempenhar um papel proativo na consecução do bem-estar social. Já o grupo Frankfurter-Jackson defendia uma política de autocontrole judicial. O primeiro grupo estaria mais preocupado com o emprego do poder judicial para a concretização de sua própria concepção do bem social; o outro, em vez disso, com a ampliação do alcance do julgamento permissível para as legislaturas, mesmo que isso significasse admitir conclusões que eles pessoalmente condenavam. O grupo Black-Douglas considerava o Tribunal como instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o grupo Frankfurter-Jackson, como instrumento para permitir que os outros ramos do governo alcancem os resultados que as pessoas queriam para melhor ou para pior (KMIEC, 2004).

Em suma, a ala Black-Douglas parecia estar mais preocupada em resolver casos particulares, não deixando nada sem resposta judicial, de acordo com suas próprias visões de mundo; a ala Frankfurter-Jackson, de outra parte, buscava uma visão mais institucional e se preocupava com a preservação do Judiciário em seu lugar estabelecido mas limitado no sistema americano, mesmo que isso implicasse deixar casos concretos sem uma solução satisfatória.

Ainda segundo Kmieck (2004), cada lado que Schlesinger retratou na *Fortune* é o produto de uma visão de mundo legal distinta. A opinião de Black-Douglas teria suas raízes na Escola de Direito de Yale. Essa visão percebia que o raciocínio jurídico era maleável, não científico. Schlesinger descreve a Escola de Direito de Yale como “ativista”. Haveria nessa concepção de direito um uso de precedentes ambíguos, uma vastidão doutrinária, e enfim uma amplitude interpretativa tão grande que, na maior parte dos casos, qualquer solução seria admissível, sem apresentar contradições internas com julgados anteriores. Nessa linha de pensamento, não haveria respostas certas e a preocupação central do juiz deveria ser política.

Com efeito, segundo Schlesinger, o ideal Frankfurter-Jackson de contenção judicial, na visão do grupo Black-Douglas, parecia mais com absenteísmo e fuga das próprias responsabilidades; a deferência ao *status quo* não seria uma visão neutra, mas sim uma forma de favorecer os interesses bem posicionados para beneficiar as consolidadas estruturas de poder. Para os “ativistas”, na visão de Schlesinger, a aplicação da lei não escaparia jamais de um posicionamento político, de modo que seria, portanto,

melhor admitir esse fato e direcionar os resultados da aplicação da lei para propósitos positivos (KMIECK, 2004).

Para Schlesinger, os “campeões da autorrestrição”, por outro lado, seriam mais céticos em relação às noções individuais de justiça dos juízes. Para eles, as leis possuem um significado prévio; o desvio desse significado seria impróprio para o aplicador da lei, independentemente de quais pessoas ou grupos possam se beneficiar disso. Os adeptos da autocontenção entenderiam o papel judicial na linha daquilo que preconizava o juiz Oliver Holmes, ao defender que se o Legislativo erra, cabe ao legislador corrigir seus próprios erros; e que qualquer outra correção institucional acabaria por *minar o vigor democrático* (KMIEC, 2004).

É necessário admitir que o artigo de Schlesinger capturou um fenômeno que efetivamente ocorria, e ainda ocorre, no processo de aplicação judicial do direito. A locução “ativismo judicial” ganhou uma potência e *status* certamente não previstos, conferindo contornos ao debate político e acadêmico relativo aos limites da atuação do Poder Judiciário. É impossível tratar desse assunto sem usar a expressão, ainda que para criticá-la. Por outro lado, não há também como deixar de observar que a expressão criada por Schlesinger nunca foi adequadamente definida, mesmo passados mais de 70 anos desde que ela foi usada pela primeira vez. E isso também vale para a “autocontenção judicial”.

Atribuir a algum julgamento ou a algum juiz o adjetivo de “ativista” passou a ser mais uma arma retórica que algo com valor semântico objetivo e genuíno. O que acaba transparecendo é que ativista é toda decisão da qual se discorda. Essa ambiguidade, no entanto, é compatível com a circunstância de que a expressão “ativismo” se refere às influências intersistêmicas entre o direito e a política, muito especialmente na aplicação da Constituição, a qual exerce o papel de acoplamento estrutural entre os dois sistemas (LUHMANN, 2002). Ora, no acoplamento estrutural há uma “abertura” por meio da qual o sistema — no caso, o sistema jurídico — percebe dados do ambiente exterior, sem internalizá-los em sua forma bruta. É sintomático que Schlesinger fosse um jornalista, e não um jurista ou um cientista político. Operando num terceiro sistema social (o da comunicação social), ele foi capaz de verificar as influências recíprocas entre os sistemas jurídico e político, cunhando um termo de forte impressão e aderência para denominar o fenômeno da troca de informações intersistêmicas.

Analisando especificamente a situação brasileira, a tensão decorrente do exercício de uma Jurisdição Constitucional arrojada, para dizer o mínimo, ganhou

contornos ainda mais agudos após o julgamento dos mandados de injunção 670, 708 e 712, pelo Supremo Tribunal Federal (CERQUEIRA NETO, 2020), no qual se discutia a existência de omissão inconstitucional legislativa quanto ao dever de editar lei regulamentando o exercício do direito de greve por servidores públicos (BARROSO, 2012).

O julgamento dos mandados de injunção mencionados é apontado como um marco diante da adoção, a partir de 2007 (ano de seus julgamentos) da denominada teoria concretista, segundo a qual o próprio Poder Judiciário, ao constatar a inconstitucional omissão legislativa, pode, ele próprio, confeccionar balizas suficientes para que o direito constitucionalmente estabelecido, mas dependente de lei e, muitas vezes, de políticas públicas, possa ser efetivado (STRECK, 2019).

As soluções para resolver a tensão existente entre a jurisdição constitucional e a democracia, quando apresentadas, costumam apontar exatamente para a necessidade do fortalecimento de um diálogo institucional, possuindo como pressuposto, a adoção, por parte do Poder Judiciário, de uma postura de autocontenção e de estrita observância ao princípio da separação dos poderes pautada em suas capacidades institucionais (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002). Acerca das soluções apontadas, José Rodrigo Rodriguez (2013) destaca que esse é o modo de encarar o Judiciário brasileiro, considerando o ato de julgar como um procedimento meramente técnico, sem ligação alguma com o conflito social e com os debates na esfera pública. E acrescenta:

[...] o ideal se transforma em uma definição a-histórica e descontextualizada do significado das instituições. A naturalização conceitual que apresenta nesses termos em análises políticas de conjuntura e trabalhos acadêmicos variados é um verdadeiro desastre para o pensamento crítico e para a dinâmica das forças sociais progressistas (RODRIGUEZ, 2013, p. 189).

Neste contexto, percebe-se que o pensamento luhmanniano (e diversos outros) vem sendo utilizado como argumento epistemológico para tolher a atividade jurisdicional, denominando decisões judiciais de “ativistas” e de “problema a ser corrigido”.

Apesar de ser objeto, hoje, de múltiplos estudos e possuidor de variados significados, o Direito incorporou a irritação sistêmica, traduzindo a expressão “ativismo judicial”, basicamente, como sendo uma atitude deliberada de expansão do judiciário, que, fazendo uso de uma interpretação constitucional efetivadora, supre lacunas, sana omissões legislativas ou determina políticas públicas quando ausentes ou ineficazes

(BARROSO, 2014). Essas são as linhas que costumam caracterizar a postura ativista. A adjetivação desta postura é que irá variar a depender da linha teórica a que se filia o autor que analisa o fenômeno. Barroso (2014), por exemplo, é um dos maiores entusiastas da atitude inovadora propagada pelo ativismo judicial, afirmando, expressamente, que juízes precisam desempenhar uma atividade mais criativa, menos técnica e mais política.

Abboud e Mendes (2019) adotam uma postura distinta para delinear o que deve ser compreendido como sendo uma decisão judicial ativista, propondo que primeiro se defina aquilo que não é ativismo. No artigo *Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea*, afirma-se, por exemplo, que, sob a égide da Constituição de 1988, não devem ser compreendidas como decisões judiciais ativistas: a) afirmação de direitos fundamentais contra maiorias democráticas, exercidas por meio da judicial review; b) controle dos atos do Legislativo, pelo Judiciário, quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; c) atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil; e d) atuação normativa do Supremo Tribunal Federal na correção da ação de omissões legislativas nas hipóteses constitucionalmente autorizadas.

Superado o momento de identificação do que não seria ativismo judicial, Abboud e Mendes (2019) passam, em seguida, a estabelecer o seu conceito básico, ao afirmarem que o ativismo deve ser compreendido como sendo a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política, troca esta direcionada mais por um senso de justiça ou pelo moralismo. Trata-se da suspensão, perpetrada pelo Poder Judiciário, casuística dos efeitos da Constituição e de leis, aplicando-se, em seus lugares, a subjetividade pura e simples do julgador. Por sua completude e abrangência, este será o conceito de ativismo judicial utilizado na presente pesquisa.

Como se já não fosse bastante tentar conceituar o que seria o ativismo judicial, é possível encontrar na doutrina quem o classifique em ativismo “bom” e ativismo “ruim”, em ativismo autopoietico e ativismo alopoietico (VIANA, 2018). Para esta pesquisa, classificar o ativismo judicial em ativismo bom e ativismo ruim é atividade que será considerada desnecessária, porquanto, ativismo judicial, entendido como sinônimo de decisionismo e ausência de racionalidade decisória, todo ele deve ser combatido e sua adjetivação apresenta mais uma carga emocional que propriamente metodológica. Mas o que seriam decisões autopoieticas e alopoieticas?

Via de regra, nos termos afirmados por Luhmann (2002), a interpenetração ocasionada pelos diversos acoplamentos estruturais a que estão sujeitos os sistemas, percebida através de uma abertura cognitiva, deve ocasionar, por força do fechamento operacional, a criação de programações decisórias que utilizam o seu próprio código comunicativo, traduzindo, assim, as irritações sistêmicas, para a sua própria linguagem. O processo mencionado consubstancia a autopoiese, que configura, em linhas gerais, o mecanismo de evolução do direito ao perceber e analisar a influência de outros sistemas (como o político, econômico, religioso etc.), com o fito de não permitir o anacronismo de sua normatividade (VIANA, 2018).

Ao tratar da jurisdição constitucional e sua relação com os acoplamentos estruturais como mecanismo de observação de possibilidades decisórias, Viana (2018) destaca que a jurisdição constitucional deve, a todo momento, observar sua função social de construção de estruturas sociais harmonizadas e normatizadas à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência, os quais constituiriam o núcleo de racionalidade do sistema jurídico contemporâneo.

Uma percepção básica do conceito de autopoiese mostra-se indispensável para a devida compreensão do que vem a ser a alopoiese na teoria dos sistemas sociais. Com efeito, *mutatis mutandis*, é possível afirmar que a alopoiese consiste na inobservância da racionalidade sistêmica, seja numa irrestrita abertura cognitiva (fundada, muitas vezes, numa inadequada interpretação do princípio da inafastabilidade da jurisdição), seja no afrouxamento do fechamento cognitivo, fazendo uso, na fundamentação da decisão, de códigos binários incompatíveis com o sistema jurídico. Decisões alopoiéticas costumam indicar a geração de disfuncionalidades graves, gerando o que se denomina de ativismo judicial alopoiético (VIANA, 2018).

Apesar das diretrizes apresentadas, a classificação de uma decisão judicial como alopoiética muitas vezes é de difícil constatação. A precariedade do desenvolvimento dogmático de uma Teoria da Decisão, bem como a completa subjetividade do que seria uma boa fundamentação, acabam por contribuir para a dificuldade de identificação mencionada. Partindo de tais premissas, apesar de possuir características que podem ser percebidas abstratamente (como a carga legiferante do dispositivo sentencial), observa-se que a verificação da alopoiese deve ser feita caso a caso, *in concreto*.

O ativismo judicial costuma ser criticado pela doutrina sem que se observe a distinção entre ativismo judicial autopoietico (reação natural às irritações sistêmicas, e

que apenas contribui para a evolução do sistema jurídico), e o ativismo judicial alopoiético, que costuma ser desestimulado, combatido, apontado como desagregador e o responsável pelos conflitos intersistêmicos existentes no Brasil contemporâneo.

Conforme mencionado linhas acima, classificar o ativismo judicial em ativismo bom e ativismo ruim é uma atividade desnecessária e capaz de tornar ainda mais complexa uma realidade já nebulosa, tendo em vista que, enquanto sinônimo de decisionismo e ausência de racionalidade decisória, todo tipo de ativismo deve ser combatido.

### 1.2.3 O Voluntarismo Judicial

Bezerra Neto (2019) ao buscar analisar quais são as “regras do jogo”, ou a completa inexistência de regras, dentro da dinâmica do voluntarismo judicial, destaca que ele guarda relação com a postura decisória do magistrado que, diante de situação de discricionariedade judicial, realiza a construção de sentido dos enunciados normativos a partir de critérios próprios, de sua exclusiva escolha, ditados apenas por sua vontade. Ainda segundo o autor, o juiz voluntarista deve ser compreendido como sendo aquele que não se vale de elementos objetivos presentes ou admitidos no ordenamento jurídico para lidar com os casos em que a discricionariedade judicial se faz presente.

O Voluntarismo Judicial não consiste em um fenômeno, ou em uma característica decisória, que possui a sua origem em momento histórico contemporâneo ao Neoconstitucionalismo. Neste sentido, Bachur (2002) destaca, ao apontar as razões de superação metodológica do Positivismo, que:

(...) sempre existirão lacunas, que não significam um vácuo jurídico, mas apenas sua inexperiência diante de determinadas situações que não foram, porque não o podiam ser, previstas pelo legislador. No entanto, nestas situações limite, não se esquivam o juiz da decisão do caso concreto, quer dizer, o juiz tem necessariamente de eliminar o conflito, mesmo não reconhecendo a existência das lacunas. Dessa forma, à luz do princípio da proibição do non liquet o preenchimento de tais lacunas é necessariamente feito pelo juiz, sem qualquer padrão de controle ou de justificativa, o que permite que certas decisões sejam tomadas alheias ao Direito por se fundarem em elementos fáticos exteriores ao ordenamento e, portanto, incontroláveis e muitas vezes injustificáveis (BACHUR, 2002, p. 656).

Apesar de o Neoconstitucionalismo não o preceder, por suas características essenciais, ele se apresenta como um catalisador de decisões judiciais voluntaristas, ocasionando o que Bachur (2002) denomina de serendipidade jurisprudencial, impedindo,

assim, que a jurisprudência nacional seja sólida e consistente. Em tempos de judicialização de direitos sociais e de ativismo judicial, o controle da motivação das sentenças e do conceito ético de justiça nasce como uma preocupação legítima da sociedade. Desta inquietação decorrem novos questionamentos, dentre os quais, destaca-se: o que é justo?

Dentro da lógica voluntarista, a reflexão ética acerca do justo, e de diversos outros valores, é considerada como condição indispensável para que a prestação jurisdicional possível possa ser minimamente efetivada. A Ética é o modo de acolher o outro, de responder adequadamente a um problema que lhe é apresentado e que merece ser reproduzido, tido como paradigma. O escopo da Ética é o razoável. Ela pode ser percebida em dois espectros diferentes: “Éthos” (acepção mais ampla; é a ação ética no “mundo da vida” – expressão de Habermas) ou “Êthos” (mais restrita ao aspecto pessoal/individual) (ABBAGNANO, 2000).

Traçando um paralelo entre ética e moral, é possível constatar que o mundo da moral é quase que infinito, englobando e admitindo uma série ilimitada de comportamentos. Neste contexto, verifica-se que cabe à Ética o papel de instigar, de refletir, acerca dos comportamentos morais (ABBAGNANO, 2000).

Assim, é possível afirmar que a Ética se consubstancia numa moral refletida, possuindo um raio menor que o da moral, portanto. A Ética configura, assim, um olhar crítico sobre o fenômeno moral, o que acaba por resultar em uma outra moral (esta refletida) e que não se encontra incólume a reflexões éticas posteriores.

Apesar de servir como mais um instrumento de reestabelecimento do equilíbrio social, ou como mecanismo de inclusão de minorias, o Direito não fica estagnado, sob pena de ser ele o elemento desestabilizador e criador de outras minorias. Para tanto, objetivando estabelecer esta mobilidade, ou flexibilidade, do Direito, os segmentos sociais desprovidos de representatividade expressiva exigiriam, por meio da ética, uma nova resposta do Direito. Imbuídos deste espírito transformador de realidades sociais e de materializador de um ideal de justiça, o juiz voluntarista possuiria a legitimidade de, em nome da força normativa da constituição e do princípio/postulado da dignidade da pessoa humana, superar óbices estruturais antes intransponíveis (GALVÃO, 2012).

No Direito, enquanto percebido como ciência jurídica, é pertinente se questionar: quais os reflexos de uma resposta eticamente insuficiente? Isto significa que o juiz deve ter consciência da magnitude das consequências de suas decisões de tal forma que esta reflexão seja capaz de direcionar a aplicação do direito?

A preocupação com o correto referencial a ser tomado no momento da reflexão ética acerca do que é justo e da amplitude das consequências de suas decisões requerem do juiz uma atenção redobrada. Este reforço de prudência decorre do fato de que, muitas vezes, o caso concreto traz a falsa percepção de que o afastamento, ou a mitigação, de regras configuraria a medida mais justa. Esta maneira de proceder, dentro do voluntarismo judicial, é fundamental para o manejo adequado da autocontenção.

A reflexão ética, como hábito eficiente, é indispensável à busca da melhor prestação jurisdicional possível na busca do reestabelecimento do (utópico e questionável) equilíbrio social exigido pela lide apresentada ao Poder Judiciário. Mas esta reflexão, ou intuição que dirige o raciocínio e a tomada de decisões (HAIDT, 2013), deve ser feita de maneira prudente, especialmente quando o silogismo não for suficiente para resolver a demanda. Em muitos casos, após realizar o exercício de refletir eticamente a causa, o juiz deve concluir que o ético é não aplicar os seus próprios conceitos éticos para que a Justiça possa prevalecer. Neste particular, as cortes constitucionais possuem o papel primordial de ser o farol para todo o Poder Judiciário, construindo o *Éthos* que, como regra, deve ser aplicado por todos os juízes.

E esta é a razão pela qual o presente trabalho volta suas atenções, em especial, ao papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da Jurisdição Constitucional voltada à efetivação de direitos fundamentais, em especial os de cunho social. Neste momento, é importante aproveitar o ensejo para delimitar em que medida o conceito de Jurisdição Constitucional deve ser compreendido. Com a finalidade de, na maior medida possível, evitar que as reflexões acerca dos resultados da pesquisa sejam ofuscadas por outros tipos de debates, optou-se por uma noção simples de Jurisdição Constitucional. Para os fins desta pesquisa, a Jurisdição Constitucional deve ser compreendida como sendo a aplicação da Constituição por juízes e tribunais (BARROSO, 2009).

Voltando ao tema do voluntarismo, destaca-se que, para a sua perfeita caracterização, é necessário acrescentar mais uma faceta. A construção da fundamentação, bem como do dispositivo, das decisões judiciais, principalmente das voluntaristas, possui uma lógica completamente diversa da confecção de leis. A análise dos fatos e prognoses é, por exemplo, momento prévio à elaboração de leis que quase sempre é negligenciada pelos Tribunais (MENDES, 2000).

As distinções existentes entre decisão judicial e leis ganham relevo destacado ao serem analisadas a partir da judicialização de temas políticos. Ao se deparar com

temáticas que integram uma agenda política, a Corte Constitucional brasileira costuma apresentar limites bem elásticos, podendo, inclusive, criar decisões/leis, sob a justificativa de ser seu papel primordial o dever de prezar pela supremacia da Constituição e pela efetividade das garantias fundamentais (GALVÃO, 2012).

Refletindo acerca desta problemática, Streck (2008) assevera que cada juiz possui convicções pessoais e ideologias próprias, mas isso não significa que a decisão possa ou deva refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais, pois a moral ou a política não corrigem o Direito.

A partir da ótica voluntarista, entretanto, o que deve nortear o magistrado probo, no exercício de sua função judicante, é sempre a busca pela melhor prestação jurisdicional possível, a mais efetiva. Barroso (2014) deixa clara a perspectiva efetivadora ao destacar que o sucesso do Constitucionalismo Democrático no Brasil em muito se deve ao que ele denomina de “doutrina brasileira da efetividade”, que apresenta, como verdadeiro paradigma interpretativo, o objetivo de tornar as normas constitucionais aplicáveis de forma direta e imediata, sempre na extensão máxima de sua densidade normativa. A efetividade constituiria o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma “miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania” (BARROSO, 2014, p. 6).

Apesar de possuir uma noção aberta, ou de termo jurídico indeterminado, para o jurisdicionado pós-Constituição da República de 1988, a prestação jurisdicional é tida como adequada quando justa e quando fornecida em tempo razoável. No tocante à razoabilidade do prazo para a entrega da prestação jurisdicional a aferição da eficiência possui critérios mais objetivos, por ser o tempo medido de forma objetiva. Já no que se refere ao justo, esta segunda faceta da prestação jurídica adequada possui características intrínsecas que, via de regra, impossibilitam uma análise tão crua e desprovida de forte carga valorativa, quando da verificação de sua eficiência (GALVÃO, 2012).

Ao resolver a demanda que lhe é apresentada o juiz deve fundamentar suas decisões. À luz do voluntarismo judicial, é a motivação eticamente justa, e não necessariamente provida de racionalidade jurídica, que legitimaria a própria função jurisdicional. É exatamente nesta feição que o voluntarismo judicial apresenta a sua face mais discricionária e desprovida de racionalidade decisória.

É comum constatar, em decisões voluntaristas, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados para, supostamente, fundamentar a escolha do que seria o justo. Na jurisprudência não é difícil de se encontrar casos problemáticos, como os em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de leis utilizando unicamente como parâmetro de controle o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o que significa dizer que os juízes, diante de uma norma infralegal, consideram que as razões jurídicas legitimamente positivadas não seriam apropriadas sob a perspectiva do intérprete. Conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha conferido ao Poder Judiciário a prerrogativa de aferir a constitucionalidade de leis, isso não parece significar que tenha ela outorgado aos juízes o poder de julgar o legislador. Inexistindo cláusula constitucional claramente violada, não há que se falar em controle das opções legislativas (GALVÃO, 2012).

Talvez o exemplo mais corriqueiro a ser apresentado, dentro da temática dos direitos fundamentais de cunho social, seja o do voluntarismo judicial implementado para a efetivação do direito à saúde. Conforme apresentado e criticado por Quintas (2015) existe uma justificativa quase que sentimental, ou não jurídica, que também subsidia a intromissão exacerbada e corriqueira do Judiciário nas políticas públicas. Seria a ideia de que a intervenção judicial na área da saúde proporciona a correção da política pública para a defesa de minorias marginalizadas. Assim, estaria o juiz garantindo o direito à saúde de forma qualitativamente melhor, mais justa, do que os demais órgãos do Estado.

E é exatamente em cenários como o da judicialização da saúde que o juiz se vê imbuído em um dever de fazer justiça, banalizando o ideal de bondade, materializando uma justiça caritativa. A banalização do bem, nos termos mencionados, relaciona-se diretamente com a expressão utilizada por Hannah Arendt (2012), em seu relato sobre a banalidade do mal. Ao utilizar esta expressão, a autora quis deixar claro que Eichmann, apesar de ter cometido todos os bárbaros crimes que lhe foram imputados durante o Holocausto Judeu, não aparentava possuir uma patologia psíquica ou uma personalidade voltada para a prática de um mal fora do normal. Da mesma forma que Eichmann não era portador de uma personalidade extremada, os juízes que proferem decisões judiciais caritativas, que determinam a efetivação de direitos sociais lançando mão de argumentos valorativos, e não jurídicos, também não devem ser percebidos como pessoas cândidas, de caráter bondoso e imaculado.

O que se quer deixar claro, desde já, é que as decisões, todas elas, inclusive as judiciais, são tomadas em um ou noutro sentido por razões muito complexas. Diante desta

complexidade, seria realmente possível afirmar que a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) deve ser tida como solução válida, dentro de uma teoria decisória séria e transdisciplinar, aos problemas que resultam de uma maneira ativista de decidir? O caminho para a construção da resposta a este questionamento passa, inicialmente, pela definição de uma noção satisfatória de autocontenção judicial e da clara identificação de quais características não devem se fazer presentes em tal postura decisória.

## 2 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL: EM BUSCA DE UM CONCEITO FUGIDIO

Contextualizando adequadamente, de acordo com as premissas estabelecidas na pesquisa, a expressão “autocontenção judicial” pode ter a sua criação associada ao nascimento, na década de 1940, da também controversa (e já abordada) expressão “ativismo judicial” nos Estados Unidos da América (LEAL, 2010), querendo indicar a existência de dois grupos de juízes na Suprema Corte, uma ala conservadora e outra ativista. Em uma perspectiva contemporânea, a formação da Suprema Corte americana costuma apontar a existência de uma ala chamada de “originalista”, e uma ala mais liberal, que são os chamados adeptos da *leaving constitution* (KMIEC, 2004). Na realidade brasileira, a autocontenção judicial costuma ser conceituada como sinônimo de prudência. Seria uma postura decisória reflexiva, que orientaria o julgador a, diante do caso concreto, reconhecer que a arena política adequada para desenvolver democraticamente a melhor solução, seria a legislativa (BARROSO, 2009).

### 2.1. Autocontenção judicial – a definição de seu substrato histórico e teórico

Diferentemente do que ocorre com o ativismo judicial, os estudos acerca da autocontenção não costumam apontar um momento histórico preciso ou um autor específico que seja o responsável por inaugurar o uso da expressão. Lima e Gomes Neto (2018), ao tratarem da autocontenção como elemento da jurisdição constitucional, deixam claro que ela é contemporânea à adoção da própria ideia da *judicial review*. Os autores chegam a esta conclusão utilizando como argumento o fato de que, no caso *Marbury x Madison*, no ano de 1803, embora Marshall tenha proclamado a supremacia da constituição e atribuído à Suprema Corte o papel de guardião, deixou de apreciar o mérito da demanda por entender que não caberia ao Judiciário interferir em matérias intrinsecamente relacionadas à esfera de atuação de outros poderes, norteando, assim, sua decisão “por uma inegável contenção, em virtude da negativa da ordem pleiteada” (LIMA; GOMES NETO, 2018).

Objetivando traçar uma espécie de linha evolutiva do conceito, Lima e Gomes Neto (2018, p. 224) destacam que:

Inicialmente, a concepção de autorrestricção (ou autocontenção) judicial não traduzia ou estabelecia um modelo específico de democracia, como se mostrou no trabalho de James Thayer. Posteriormente, as teorizações se tornaram mais complexas – com a conseqüente conformação ou definição de uma função para o *judicial review*, que se vislumbra na produção de Alexander Bickel, com esteio no princípio majoritário, compreendendo a corte em papéis que vão além de suas atividades primárias. Em John Hart Ely, tem-se a função jurisdicional mais próxima de uma definição mais clara de uma democracia procedimental, na qual o Judiciário seria uma instituição afiançadora de suas condições. Cass Sunstein, por sua vez, na formulação de um modelo deliberativo democrático, tenta conformar metodologicamente a atuação da corte, que deve afastar-se de temas controversos.

Diferentemente do que fora acima apresentado, a perspectiva histórica e teórica utilizada nesta pesquisa para compreender a autocontenção judicial como proposta viável de limite à jurisdição constitucional, bem como de mecanismo de incremento à argumentação decisória, mostra-se completamente incompatível com a proposta por Lima e Gomes Neto. Neste momento, o principal objetivo é evitar anacronismos e transplantes equivocados de teorias e percepções que mais possam tornar turva a compreensão do objeto analisado que clarificá-la. James Thayer (1893), autor mencionado no trecho acima transcrito, ao investigar a origem e o escopo da doutrina norte americana de direito constitucional do final do século XIX, afirma que, via de regra, inexistem motivos capazes de justificar a atividade jurisdicional fora dos limites estabelecidos pela lei. Para Thayer (1893) a postura de autocontenção judicial deveria ser extrema, mas quando o Judiciário fosse acionado para avaliar a constitucionalidade de leis. Segundo o autor, apenas quando se verificar a existência de vícios sobre os quais não paire nenhuma dúvida razoável, é que as cortes estariam autorizadas a declarar a sua inconstitucionalidade (THAYER, 1893).

O conceito de autocontenção judicial do final do século XIX é reflexo de seu tempo e das teorias constitucionais e de separação de poderes então vigentes. O referencial básico utilizado por Thayer para identificar decisões intromissivas do Judiciário nas demais esferas de poder, mostra-se, hoje, desprovido de acurácia, especialmente quando se é levado em conta o trabalho de definição das dimensões do que deve ser considerado como ativismo judicial realizado por Canon (1983). Bradley Canon, sem ter a pretensão de propor um conceito definitivo de ativismo judicial, identifica seis elementos que devem ser considerados no momento de se tentar caracterizar decisões judiciais como ativistas. São eles:

**Quadro 1 – Elementos identificadores de uma decisão judicial como ativista**

|                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                           |
|-------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1) Majoritarismo                                                  | Utilizado como referência para aferir uma espécie de “grau democrático” dos atos normativos (ou das políticas públicas) que foram judicialmente negadas. É o que Souza Neto e Sarmiento (2013) chamam de “ <i>pedigree democrático</i> ”. |
| 2) Estabilidade Interpretativa                                    | Espécie de critério temporal que considera o nível de estabilidade das decisões, doutrinas e interpretações que estão sendo alteradas.                                                                                                    |
| 3) Fidelidade Interpretativa                                      | Avalia se as disposições constitucionais estão sendo interpretadas contrariamente às claras intenções do legislador constituinte ou contrárias às nítidas implicações da linguagem (texto) utilizada.                                     |
| 4) Preservação do Processo Democrático                            | Objetiva analisar o grau de interferência das decisões judiciais no processo político democrático.                                                                                                                                        |
| 5) Especificidade da Política                                     | Utilizado para averiguar se a própria decisão judicial determina a alteração ou implementação de uma nova política, ou se, por outro lado, deixa ao arbítrio de outros agentes.                                                           |
| 6) Possibilidade de um outro Poder apresentar saídas alternativas | Critério que busca verificar se o tema judicializado e decidido substitui análises sérias do mesmo problema já realizadas por outros Poderes.                                                                                             |

Fonte: CANON, 1983.

Conforme se observa, Canon (1983) não verifica, a partir de uma análise quantitativa da jurisprudência de uma corte constitucional, uma associação imediata e peremptória entre o número de decisões que declaram a inconstitucionalidade de leis e o fato de o tribunal poder ser classificado como órgão julgador ativista. À luz dos parâmetros mais atuais inaugurados por Bradley Canon, um grande número de normas declaradas como inconstitucionais até podem ser consideradas, mas este dado não pode, isoladamente, ser utilizado como fundamento para classificar as decisões judiciais como ativistas. *Mutatis mutandis*, as características identificadas por Canon também podem ser utilizadas para que decisões autocontidas sejam detectadas. Esta conclusão decorre, principalmente, do fato que Canon prevê um espectro do ativismo, que pode ser verificado em diferentes graus de incidência.

A linha argumentativa aqui construída parte de alguns pressupostos relativamente consolidados no debate mais avançado que envolve o fenômeno do ativismo judicial. Na linha do que afirmam Barroso (2009) e Branco (2011) a autocontenção deve ser aqui compreendida como sendo o oposto do ativismo. Ambas as posturas, seja a ativista ou a autocontida, apenas podem ser percebidas quando se estiver diante de temáticas controvertidas, criadoras de tensão entre a democracia e a jurisdição constitucional, que ponham em xeque os limites imaginários supostamente estabelecidos por um modelo específico de separação de poderes (BRANCO, 2011). A autocontenção judicial é aqui analisada e testada como sendo uma suposta resposta adequada aos problemas que decorrem do exercício de uma jurisdição constitucional com limites bastante flexíveis. Flexibilidade esta proporcionada, em grande medida, pela adoção de axiomas neoconstitucionais (GALVÃO, 2012).

Aparenta ser desprovida de coerência teórica o ato de conceber a existência de posturas decisórias autocontidas dissociadas do contexto neoconstitucional. Conforme estabelecido ainda no primeiro capítulo, o Neoconstitucionalismo constitui um modo específico de conceber o Direito, valorizando, sobremaneira, o papel dos juízes na concretização das promessas contidas no texto constitucional, sendo uma teoria que busca, inequivocamente, influenciar o comportamento dos atores jurídicos, atribuindo-lhes o papel de transformador de realidades sociais (GALVÃO, 2012). Nele, a lei não é vista como limite da moldura interpretativa na atividade judicante, mas um simples ponto de partida no ato de transformar realidades sociais.

As teorias constitucionais contrapostas ao Neoconstitucionalismo propugnam a dignidade da atividade legislativa e do Estado de Direito (GALVÃO, 2012). Em tais teorias, a centralidade da perspectiva judicial, que estabelece ao julgador um papel de materializador da justiça material, deve ceder espaço à revalorização da política democrática como lugar adequado para a tomada de decisões e “para o estudo do modo pelo qual as normas jurídicas advindas desse processo político passam a ser respeitadas e utilizadas como guias de conduta (GALVÃO, 2012, p. 203).

Ora, se se entender que o dever de deferência decorre da lei, e que é ela e a constituição que estabelecem milimetricamente os espaços de poder, não há que se falar em autocontenção judicial, tendo em vista que a restrição que impõe limites à atividade jurisdicional decorre da própria lei. A partir desta constatação é que se afirma, ao menos para os fins desta pesquisa, que não há como perceber a autocontenção, como antagonista do ativismo, fora do contexto do Neoconstitucionalismo. Com efeito, entende-se que a

noção de “Autocontenção Judicial”, para a finalidade que o presente estudo procura alcançar, foi pela primeira vez utilizada na década de 1940, nos Estados Unidos da América, na mesma ocasião em que Arthur Schelsinger Jr. fez uso da expressão “Ativismo Judicial” (LEAL, 2010).

## 2.2 A doutrina da autocontenção como resposta

Partindo-se de uma análise etimológica da palavra, é possível perceber que autocontenção decorre da combinação da palavra “auto”, *actum* em latim (significando átomo), com a palavra “contenção”, que também possui origem latina (*continere*) (CUNHA, 2010). Dentre os variados significados que a palavra “contenção” pode assumir na língua portuguesa, destaca-se a sua utilização no sentido de “reprimir” (CUNHA, 2010). A palavra “auto”, por sua vez, na combinação mencionada, apresenta o referencial do verbo, querendo dizer que o ato de reprimir deve ser voltado ao próprio agente. Nesta linha, a autocontenção, na língua portuguesa, significa a implementação da ação de conter, de reprimir, a si próprio. Apesar da aparente obviedade, a expressão, a exemplo do que ocorre com diversas outras palavras, quando utilizadas e apropriadas pela linguagem jurídica, pode adotar sentidos diversos. Tal fato é acentuado quando se está diante de expressões que, de fato, foram forjadas em idiomas estrangeiros e, posteriormente, transplantadas para o português.

Trazida para o contexto jurídico, a autocontenção judicial, percebida como a adoção de uma postura pelo Judiciário de reprimir os seus atos/decisões, apresenta reflexos teóricos e dogmáticos dos mais variados. Por exemplo, sob o prisma linguístico, o ato de autoconter-se aparenta possuir uma carga volitiva e de ampla discricionariedade, cabendo ser aplicada quando o agente (aqui o Judiciário) possui a possibilidade de escolher adotar dois comportamentos igualmente legítimos. Assim, trazendo o debate para o objeto de estudo da presente pesquisa, a escolha do Judiciário em adotar uma postura ativista ou autocontida, não estaria lastreada na ideia de observância a limites constitucionais ou democráticos, de respeito ao postulado da separação de poderes, tendo em vista que, conforme demonstrado acima, a autocontenção significaria, tão somente, a escolha de um dos caminhos possíveis e legítimos. Este é, por sinal, o sentido de autocontenção que costuma ser utilizado pelos entusiastas do ativismo judicial (BARROSO, 2009). Perry (1984), por outro lado, concebe o ativismo judicial como sendo

a solução viável ao que ele denomina de *moral criticism*, ou passivismo judicial, expressões utilizadas como sinônimo de autocontenção judicial.

Richard Posner (1983) ao procurar o significado da expressão *judicial self-restraint*, depara-se com diversas variantes do termo, conseguindo identificar, entretanto, a existência de uma classificação básica, na qual se constata a manifestação de pelo menos cinco sentidos para a expressão investigada. São elas: 1) postura que não permite que o juiz deixe que suas visões políticas particulares influenciem em suas decisões; 2) orientação que determina que pontos de vista políticos não devem ser invadidos pelo juiz (princípio da deferência); 3) a consciência de que questões políticas representam um limite de atuação ao Poder Judiciário; 4) preocupação constante de que a criação desenfreada de direitos pelo Judiciário sobrecarrega os tribunais a ponto de não permitir que funcionem eficazmente; e 5) diretriz que busca reduzir o poder do sistema de justiça em relação aos outros Poderes do Estado.

A autocontenção judicial, por outro lado, costuma ser utilizada de maneira mais recorrente, ao menos na doutrina brasileira, como postura decisória antagonista ao ativismo judicial; utilizada como uma cautela decisória oriunda de um juiz prudente, uma espécie de virtude exigida do Judiciário quando se depara com situações que, apesar de limítrofes, a feição política as tornaria nitidamente pertencentes à esfera de atuação de outros Poderes, principalmente do Legislativo. Nesta acepção, como parece óbvio, o Judiciário não está diante de escolhas igualmente corretas e legítimas.

A autocontenção judicial é mais utilizada pela doutrina como sendo a postura decisória correta a ser adotada em temas específicos. Ilustrando o acolhimento desta acepção da autocontenção judicial, Branco (2011) destaca que o oposto do ativismo é a autocontenção, chegando ao ponto de possuir a qualidade de servir como referencial capaz de caracterizar decisões como ativistas, nos casos em que decisões judiciais materialmente não-incorretas, pecam exatamente por não caberem ser tomadas no exercício da jurisdição constitucional. Ainda segundo o autor, esta possibilidade se materializa quando se considera que, na interpretação ou aplicação de normas constitucionais, é perfeitamente concebível que, ao lado de resultados discursivamente necessários e discursivamente impossíveis, também se apresentem resultados discursivamente possíveis, circunstância em “que a jurisdição encontra o seu limite, na medida em que a prioridade na interpretação deve ser, então, acordada ao órgão com legitimidade democrático-representativa” (BRANCO, 2011, p. 14).

Ao lado das circunstâncias que apresentam mais de um resultado discursivamente possível, o Professor Paulo Gonet Branco (2011) deixa clara a existência de pelo menos mais duas outras fronteiras bem definidas de atuação do Judiciário: a) a ponderação, ao revelar espaços interditos à crítica judiciária, especialmente quando, após a implementação do juízo de ponderação, se constata que o empate é o resultado encontrado - segundo Branco (2008), nestes específicos casos de empate deve prevalecer a aplicação do princípio formal da representatividade democrática, princípio que afasta a possibilidade de apreciação do tema pela Jurisdição Constitucional; b) quando o próprio objeto da demanda exige um acentuado conhecimento específico, ocasião que revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas, técnicas e científicas da demanda que lhe foi submetida. As próximas linhas serão dedicadas a esta última hipótese apontada, que exige uma postura judicial de deferência aos órgãos possuidores de maior capacidade técnica para solucionarem as demandas.

A relação de tensão existente entre a intervenção judicial e as políticas regulatórias percebida a partir de uma análise institucional, possui em Sunstein e Vermeule (2002) um de seus mais importantes marcos teóricos. No Brasil, a onda acadêmica e jurisprudencial de estudo da deferência ao órgão detentor de maior expertise e capacidade técnica vem crescendo, fato que pode ser facilmente percebido pelo incremento do número de resultados nos campos de busca de jurisprudência dos tribunais, bem como nas plataformas especializadas em pesquisas acadêmicas, como *Google Scholar* e *HeinOnline*.

Santos e Fonseca (2019), no artigo *Intervenção judicial e políticas regulatórias: por uma análise institucional*, se propõe a analisar os limites impostos ao controle judicial brasileiro de atos administrativos de natureza regulatória, apontando que o STF já possui diversos precedentes nos quais se estabelecem, basicamente, que: a capacidade institucional averiguada dentro do campo das agências reguladoras, que atrai, por sua própria natureza, controvérsias bastante complexas, que demandam tratamento especializado e qualificado, é capaz de revelar a reduzida expertise do Judiciário para exercer o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas perpetradas, bem como o alcance de seus efeitos sistêmicos. Em outras palavras, a postura deferente que o Judiciário deve adotar diante de decisões técnicas oriundas de entidades reguladoras possui como fundamento a falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidirem acerca de temas que lhes são institucionalmente alheios, que envolvem “questões policêntricas e prognósticos especializados” (BRASIL, 2019). Nestas

hipóteses, caso não se verifique a adoção de uma postura deferente, são grandes as possibilidades de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa (BRASIL, 2019).

Os autores deixam claro, desde o início, que a resposta ao problema formulado não passa pela dicotomização simplista da escolha de posturas ativistas ou absentéistas. Em suas considerações finais, a diretriz epistêmica apresentada é no sentido de destacar que a intervenção judicial atinge contornos muito mais complexos quando analisada no contexto das políticas regulatórias oriundas de órgãos administrativos detentores de elevada expertise técnica, exigindo a construção de “agenda de pesquisa posterior consistente em construir uma metodologia de decisão judicial que atenda essas complexidades desveladas” (SANTOS; FONSECA, 2019).

O ponto de destaque acerca da aplicação correta, no contexto brasileiro, da teoria da separação de poderes baseada nas capacidades institucionais é que, o simples fato de a matéria ser detentora de complexidade técnica e de se encontrar abrangida pela competência regulatória de agências especializadas, não deve ser visto, aprioristicamente, como obstáculo suficientemente capaz de inviabilizar o controle judicial. Partindo da premissa apontada, o debate pode avançar e buscar responder perguntas mais complexas do tipo: quais instrumentos procedimentais podem ser utilizados para demonstrar que, de fato, a matéria escapa à expertise do Judiciário? A realização de audiências públicas, provas técnicas e intervenção de *amici curiae* é insuficiente para colmatar a lacuna técnica? Como é possível aferir a capacidade institucional de um tribunal para a análise de um caso concreto específico? O regulamento oriundo do órgão técnico possui viés político-ideológico que reduz o exercício de direitos fundamentais? Conforme destacado pelos autores “uma vez revelada a falsa dicotomia no discurso acadêmico dominante, novas perguntas pedem passagem e demandam que o debate avance ainda mais” (SANTOS; FONSECA, 2019).

O artigo estabelece premissas bastante interessantes para o manejo da deferência e dos graus de intensidade das intervenções judiciais em áreas eminentemente técnicas ou políticas. Diante da clareza da redação utilizada, condensando a resposta que os autores pretendem apresentar ao problema anunciado, realiza-se, agora, a colação de trecho do estudo:

[...] nos casos em que o Poder Judiciário precisa avaliar as decisões de entes reguladores acerca de uma questão de natureza tecnicamente complexa, como as sanções antitruste pelo CADE, a tendência é a de se adotar uma postura de

maior deferência judicial ao regulador. O argumento se sustenta na medida em que (i) o CADE possui melhor capacidade para analisar os elementos fáticos e econômicos envolvidos e, assim, avaliar a existência, ou não, de um ato de concentração de mercado; bem como (ii) na compreensão de que uma intervenção judicial particular e desproporcional, no âmbito regulatório, pode ensejar consequências negativas à unidade e à coerência da política regulatória geral, formulada pela Administração Pública. De outra sorte, havendo uma decisão regulatória abusiva, com elementos nítidos de **captura** (*grifo nosso*) do regulador por grupos de interesse econômico organizado, ressoa adequada uma intervenção judicial mais incisiva, com o intuito de reorganizar as "regras do jogo" e tornar mais balanceada a disputa entre os players econômicos envolvidos, como empresas reguladas e consumidores.

Portanto, sob um viés institucional o entendimento implícito seria o de que a intensidade da intervenção judicial deveria se adaptar às características da decisão administrativa avaliada ou da autoridade administrativa que a proferiu. A partir dessa compreensão, em vez de se discutir a existência de uma postura judicial abstrata e ideal o esforço doutrinário e jurisprudencial se concentraria em estabelecer *standards* decisórios (SANTOS; FONSECA, 2019, p. 183).

Uma das conclusões a que chegam Santos e Fonseca (2019) coincide, ainda que por caminhos diversos, com um dos principais questionamentos que deve ser respondido pelos resultados a serem encontrados neste estudo: a de que a dicotomização de posturas (ativista vs. autocontida) mais pode atrapalhar do que contribuir para o desenvolvimento de um debate edificante a respeito de uma teoria da decisão e da argumentação jurídica.

É importante destacar, sobre o tema, a advertência feita por Barroso (2012), ao afirmar que a deferência deve ser a regra quando o Judiciário não estiver diante de normas relativas a direitos fundamentais ou que se relacionem com as regras do jogo democrático. Dentro deste cenário, o ato de abster-se, diante de situações em que o desenho constitucional impõe o dever de decidir a favor da implementação de direitos sociais de cunho prestacional, provoca erosão no postulado da supremacia constitucional. Mas, ratificando a seletividade aparentemente sem qualquer parâmetro aferível - empiricamente demonstrada por (GOMES NETO et al., 2017), mesmo quando se está diante de normas relacionadas a regras de procedimentos democráticos, se observa, na jurisprudência do Supremo, a construção de uma postura de *self-restraint* pautada na chamada "teoria dos atos interna corporis". Amorim (2014) ao analisar o julgamento da ADI nº 4.425/DF, em que o STF rejeitou a alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 por inobservância de interstício mínimo entre os dois turnos de votação, conforme previsto no Regimento Interno do Senado Federal, classifica a mencionada postura deferente de "omissão ativista" e acrescenta:

Ao desjudicializar o processo legislativo, o Supremo Tribunal afronta o programa constitucional do Estado Democrático de Direito, deixando de lado a sua função contramajoritária de garantir os direitos de participação política

das minorias em face das majorias e, assim, assegurar a consolidação de um regime verdadeiramente democrático.

Assim, em situações específicas, é possível cogitar que a utilização de decisões ativistas aparenta ser uma prática capaz de apresentar resultados muito mais interessantes para o delineamento dos limites da atuação judicial, quando se estabelece como premissa que o próprio tribunal não quer ver suas decisões desobedecidas, além de estar suscetível ao controle social de suas decisões.

### 2.3 Autocontenção judicial na jurisprudência do supremo

No Supremo Tribunal Federal, no campo de busca de jurisprudência<sup>1</sup>, o termo “autocontenção judicial” apresenta como resultado 35 acórdãos e 30 decisões monocráticas. Da leitura das decisões, sejam elas monocráticas ou colegiadas, percebe-se, com frequência, que a autocontenção judicial consistiria, conforme já mencionado, na postura prudente do magistrado de, à luz do caso concreto, prestar deferência à atividade legislativa democrática ou a juízos de expertise. Seguindo esta linha conceitual de definição da autocontenção judicial, Schulze (2019) destaca que ela configura postura judicial de deferência, que respeita as opções políticas das demais esferas de Governo.

Em temas determinados, a autocontenção judicial é utilizada pelo STF para não enfrentar a demanda que lhe foi apresentada. A justificativa comumente utilizada aponta no sentido da impossibilidade de implementação de controle judicial sobre atos essencialmente de governo ou os que digam respeito a matérias regimentais, *interna corporis* de cada um dos outros Poderes. Esta postura decisória é interessante, possuindo o papel de estabelecer limites ao campo de atuação do Poder Judiciário. O declínio de competência seria, portanto, a utilização da autocontenção judicial em sua máxima potência. Mas isto não significa que esta seja a única forma que a autocontenção judicial pode assumir.

O Ministro Alexandre de Moraes, relator da ADI nº 4.332, em que se discutia a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Rondônia que estabeleceu a redução do valor previsto no art. 87 do ADCT para o pagamento dos débitos da fazenda pública por meio de requisição de pequeno valor, fazendo menção à doutrina de Barroso (2009) acerca da autocontenção judicial, esclarece que:

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 08 de setembro de 2020.

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço da incidência da constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BRASIL, 2018, p. 6-7).

Assim, é possível observar que a postura autocontida pode ocasionar o não enfrentamento da matéria, transmitindo a impressão de que o Poder Judiciário apenas se imiscui no exercício regular de atribuições constitucionalmente estabelecidas para outros órgãos e Poderes quando se constata hipótese de flagrante ilegalidade ou teratologia. Mas não é só isso. Encarada como antítese do ativismo judicial, a atitude decisória autocontida pode também ser compreendida como uma postura que, diante da ausência de autorização constitucional, exige a necessidade de respeito - deferência – aos demais Poderes, afastando a ideia de um paternalismo judicial (DIMOULIS; LUNARDI. 2011).

O próprio nome “autocontenção” sugere que o seu conceito é bem mais abrangente, não se limitando a decisões que reconheçam a incompetência do Judiciário. A autocontenção judicial também deve ser percebida como sendo uma postura decisória de cautela, reflexiva, a partir da qual o juiz, analisando as peculiaridades do caso concreto, observa que deve vislumbrar as consequências que sua decisão pode produzir, escolhendo sempre as que menos sejam capazes de tornar o cenário fático e jurídico ainda mais agudo e conflituoso. A palavra “autocontenção” sugere, assim, que o juiz pode, legitimamente, ir além, decidindo de maneira mais incisiva, mas resolve, pelas mais variadas razões, dosar a potência do dispositivo decisório. Esta é, inclusive, a perspectiva consequencialista que melhor se adequa aos comandos estabelecidos pelos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942), ao exigirem que as consequências práticas da decisão sejam consideradas.

Deve-se deixar claro, entretanto, que a judicialização da saúde, ou a judicialização de medicamentos, para ser mais específico, não significa que a decisão judicial emanada no sentido de deferir os pedidos formulados deva ser uma decisão ativista. A compreensão deste cenário auxilia, inclusive, na compreensão da própria autocontenção. O simples ato de judicializar, ou seja, propor ações que possuam como

demanda temas que se relacionem com saúde, política, economia, educação, não deve ser enquadrado como manifestação de vontade do julgador ou postura/atitude decisória e interpretativa. A possibilidade de judicialização de direitos sociais, por exemplo, decorre de uma opção do legislador constituinte que, na ânsia de elaborar uma carta analítica, conferindo aos cidadãos diversos direitos e garantias, acabou por prever que, na hipótese de ausência de cumprimento voluntário de suas disposições, caberia ao cidadão se valer do Poder Judiciário para efetivar os seus direitos.

Feitas as advertências e estabelecidas as premissas, é chegada a hora de investigar como a autocontenção judicial costuma ser conceituada e utilizada pela Corte Constitucional brasileira.

Os processos que constam nos quadros 2 e 3 foram encontrados com a utilização da ferramenta “pesquisar palavras-chave” disponibilizada na aba “Jurisprudência” do *site* do STF (portal.stf.jus.br). Apenas uma palavra-chave foi utilizada e não houve a indicação de marcos temporais na busca avançada. O argumento de busca utilizado como descritor foi: “autocontenção judicial”. Optou-se pela aplicação das aspas para que fossem apresentados como resultados somente os acórdãos e decisões monocráticas que fizeram uso da expressão exata. A palavra-chave utilizada resultou nas ocorrências informadas nos quadros 2 e 3:

**Quadro 2 – Palavra-chave pesquisada e quantidade de ocorrências em acórdãos e decisões monocráticas**

| Palavra-chave            | Ocorrências em acórdãos | Ocorrências em decisões monocráticas |
|--------------------------|-------------------------|--------------------------------------|
| “Autocontenção judicial” | 35                      | 30                                   |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

**Quadro 3 – Identificação dos processos (número, classe e Ministro), sem recorte temporal, em que se verificou a incidência da palavra-chave “autocontenção judicial”. Análise da fundamentação das decisões para a elaboração de um conceito jurisprudencial de autocontenção e se o voto proferido foi vencedor.**

| Identificação do Processo                                       | Contribuições para a elaboração de um conceito                                                                                                                                     | Mérito da demanda                         | Foi voto vencedor? |
|-----------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------|--------------------|
| <b>ADI 2669</b> julgado em 05/02/2014. Rel. Min. Marco Aurélio. | Não se constatou o uso da expressão ou qualquer contribuição para a construção do conceito. O julgado apareceu como resultado da busca por conta de sua <i>Indexação</i> .         | Prejudicado.                              | Prejudicado.       |
| <b>ADI 4976</b> , julgado em 07/05/2014.                        | O Relator consignou que: em se tratando de lei, o Supremo não deve querer ser juiz de decisões de conveniência e oportunidade tomadas pelos agentes públicos eleitos. A posição de | Constitucionalidade da Lei Geral da Copa. | <b>Sim</b>         |

|                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |            |
|------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Rel. Min. Ricardo Lewandowski.                                   | autocontenção pode ser relativizada quando se discuta direito fundamental ou regra essencial para o Estado Democrático de Direito ou quando a inconstitucionalidade seja chapada.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |            |
| <b>HC 119567</b> , julgado em 22/05/2014. Rel. Min. Barroso.     | Considerado como princípio hermenêutico, a autocontenção exige que o Judiciário, diante de uma opção política do legislador, que não é manifestamente ilegítima, não deve substituir a valoração realizada pelo legislador, ainda que se constate que o tratamento jurídico conferido pela norma não foi o mais desejável.<br>Ainda que se cogite a existência de conflito de princípios, o da liberdade de um lado e os estruturantes da hierarquia militar de outro, tal enfrentamento não foi observado na fundamentação, demonstrando que não se fez uma construção argumentativa robusta para justificar a postura autocontida. | Neste precedente se discutia a constitucionalidade de vedação trazida pela legislação castrense que torna insuscetível de suspensão condicional da pena crimes como o de deserção que, mesmo preenchendo os requisitos ordinariamente exigidos, encontram óbice em legislação específica. O direito aqui debatido era, portanto, de matiz fundamental, mas, ainda assim, a postura autocontida foi priorizada. Ainda que se cogite a existência de conflito de princípios, o da liberdade de um lado e os estruturantes da hierarquia militar de outro, tal enfrentamento não foi observado na fundamentação, demonstrando que não se fez uma construção argumentativa robusta para justificar a postura autocontida. | <b>Sim</b> |
| <b>AP 611</b> , julgado em 30/09/2014. Rel. Min. Marco Aurélio.  | O Judiciário vem, ao longo do tempo, evoluindo, para proporcionar tutela jurídica adequada. No entanto, as interpretações implementadas apenas são cabíveis quando há espaço normativo para tanto, sob pena de virem à balha decisões judiciais como opções puramente subjetivas dos julgadores, sem respaldo no arcabouço jurídico pátrio, contrariando regra constitucional expressa. No particular há de haver a autocontenção. Nunca é demais lembrar que a atuação judicante é vinculada ao Direito posto e que a Lei das leis submete a todos indistintamente.                                                                 | O caso tratava do poder investigativo do Ministério Público em matéria criminal.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | <b>Não</b> |
| <b>ADI 4425</b> julgado em 25/03/2015. Rel. Min. Marco Aurélio.  | A autocontenção é princípio implícito na Constituição Federal, devendo ser observada por todos os Poderes. Quando o Supremo avança e extravasa certos limites como o guarda maior da Constituição Federal, lança um bumerangue que pode voltar à respectiva testa.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Debate acerca da sistemática de pagamento de precatórios.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <b>Não</b> |
| <b>ADI 5105</b> , julgado em 01/10/2015. Rel. Min. Edson Fachin. | “Se a Constituição atribuiu a tarefa de regulamentar o §3º do artigo 17 à lei, como poderia a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade da opção do Legislativo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Tratava da divisão do tempo de antena e acesso aos recursos do fundo partidário e do direito de igualdade material entre os                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <b>Não</b> |

|                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                   |
|--------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
|                                                                          | <p>se ela não é teratológica, mas decorre de escolhas válidas em termos constitucionais (tão válidas que sufragadas pela própria Corte em tempos muito recentes sem que tenha havido alteração na base fática ou normativa) ainda que não reflitam a posição mais moderna (mas não unânime da Corte)? Pode o Judiciário sobrepor-se a escolhas válidas de competência do Legislativo?” Pergunta retórica feita pelo relator, que acreditou ser adequado que a Corte exercitasse a autocontenção.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <p>partidos criados, fundidos ou incorporados, por força do caput do art. 17, CF ou o que prestigia o sistema político partidário, a fidelidade partidária (§1º do art. 17, CF), a partir da compreensão do direito dos partidos constituídos às cadeiras por ele conquistadas nas eleições proporcionais e cujo ocupante migra para outra agremiação</p>                                                                            |                   |
| <p><b>ADPF 378</b> julgado em 17/12/2015. Rel. Min. Edson Fachin.</p>    | <p>Não cabe ao STF editar normatização sobre a matéria; sob o pálio da autocontenção, é apenas de filtragem constitucional que aqui se cogita, isto é, incidência plena da Constituição e exame da Lei 1.079/50 à luz de princípios e regras constitucionais vigentes.</p> <p>Diante da razoabilidade de se considerar que há uma autorização implícita para que votações no âmbito do Congresso sejam declaradas sigilosas pelas regras infraconstitucionais, desde que a finalidade seja coincidente com as finalidades extraíveis das exceções expressas do texto constitucional, a intervenção do Judiciário no Legislativo deve submeter-se à autocontenção. Portanto, não compete ao Poder Judiciário sindicat atos administrativos do Parlamento, quando as soluções são múltiplas e constitucionalmente adequadas.</p> | <p><b>Impeachment.</b> Conflito de norma específica com o Regimento do Senado. Prevaleceu o tratamento procedimental estabelecido pela norma, diante da inexistência de tratamento da matéria pelo regimento. A Corte determinou que o voto deveria ser aberto. <b>O argumento <i>interna corporis</i> foi afastado para se estabelecer, judicialmente, o voto aberto.</b></p>                                                       | <p><b>Não</b></p> |
| <p><b>HC 126292,</b> julgado em 17/02/2016. Rel. Min. Marco Aurélio.</p> | <p>“Há de vingar o <b>princípio da autocontenção</b>. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.”</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                          | <p><b>HC que discutia a possibilidade de execução provisória</b> de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Mais uma incoerência detectada, visto que a autocontenção não foi utilizada mesmo havendo debate acerca da limitação de direito fundamental – presunção de inocência.</p> | <p><b>Não</b></p> |
| <p><b>RE 598572,</b> julgado em 30/03/2016. Rel. Min. Edson Fachin.</p>  | <p>O Relator destacou que outra não é a orientação da jurisprudência do STF, segundo a qual não cabe ao Estado-Juiz equiparar ou suprimir alíquotas diferenciadas entre contribuintes, ao fundamento de concretização do princípio da isonomia.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <p>Recurso Extraordinário em que se discutia a escolha legislativa em onerar as instituições financeiras e entidades equiparáveis com a alíquota diferenciada, para fins de custeio da seguridade social.</p>                                                                                                                                                                                                                        | <p><b>Sim</b></p> |

|                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |             |
|-----------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
|                                                                             | Nesse quadro de autocontenção judicial, deve o Poder Judiciário limitar-se a investigar se o critério adotado pela discriminação tem suporte constitucionalmente assegurado.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |             |
| <b>ADI 5498</b><br>julgado em<br>14/04/2016.<br>Rel. Min. Barroso.          | Adotando <b>algum grau de autocontenção</b> aqui, verificou-se que a interpretação dada pelo presidente não era fora de propósito.<br>Afirmou-se ser um critério razoável, compatível com a dicção do artigo 187, § 4º. O ministro afirmou: “Não é o que eu acho melhor, mas não sou eu, a meu ver, o intérprete final dessa questão, a menos que eu achasse que ela viola a Constituição. Eu sou o intérprete da Constituição.” Portanto, se a autoridade competente faz uma interpretação razoável, o Supremo deva aceitá-la.                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Trecho do voto parcialmente vencido do Min. Barroso ao Conceder parcialmente a liminar para interpretar conforme a Constituição e determinar que seja observada a latitude adequada dos estados da Federação na votação, das capitais dos estados. Não se detectou a construção argumentativa do critério de razoabilidade apontado. | <b>Não</b>  |
| <b>MS 27463</b> ,<br>julgado em<br>10/05/2016.<br>Rel. Min. Marco Aurélio.  | Não se constatou o uso da expressão ou qualquer contribuição para a construção do conceito. O julgado apareceu como resultado da busca por conta de sua <b>Indexação</b> .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Prejudicado                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Prejudicado |
| <b>RE 574706</b> ,<br>julgado em<br>15/03/2017.<br>Rel. Min. Gilmar Mendes. | O min. Gilmar abriu tópico denominado de <i>Hipertrofia do controle judicial</i> , para apreciar a necessidade de adoção de uma postura autocontida, destacando trecho do livro <i>O Federalista</i> para lembrar “da necessária <b>autocontenção</b> que o exercício da jurisdição constitucional reclama. O Judiciário não tem a bolsa nem a espada: seu poder repousa na autoridade e, por assim dizer, na eficácia da própria Constituição. Preocupam-me, em suma, as consequências deste julgamento.”                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Trecho do voto vencido do Min. Gilmar ao defender a não exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.                                                                                                                                                                                                      | <b>Não</b>  |
| <b>RE 760931</b> ,<br>julgado em<br>26/04/2017.<br>Rel. Min. Edson Fachin.  | Decisões tomadas com base em critério de discricionariedade técnica firmam-se em um <b>juízo de expertise</b> para o qual estão especialmente habilitados o <b>administrador</b> e o <b>órgão técnico que o assessora</b> . Presume-se que tais autoridades têm capacidades institucionais e habilitação mais adequadas para determinadas escolhas, o que recomenda uma <b>atitude de deferência</b> dos demais órgãos, inclusive do próprio Judiciário, a tais escolhas. Esse é o raciocínio empregado para impor maior <b>autocontenção judicial no exame de normas produzidas por agências reguladoras em questões que envolvem expertise técnica na regulação de petróleo, energia elétrica e telecomunicações</b> . Assim, a escolha da modalidade de fiscalização deve se sujeitar a um <b>controle judicial mais brando</b> . | Recurso Extraordinário representativo de controvérsia com repercussão geral. Direito constitucional. Direito do trabalho. terceirização no âmbito da administração pública. Súmula 331, IV e V, do TST. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei nº 8.666/93.                                                                    | <b>Não</b>  |

|                                                                       |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |             |
|-----------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b>ADC 41</b> , julgado em 08/06/2017. Rel. Min. Barroso.             | Não se constatou o uso da expressão ou qualquer contribuição para a construção do conceito. O julgado apareceu como resultado da busca por conta de sua <b>Indexação</b> .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Prejudicado                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Prejudicado |
| <b>ADI 3937</b> , julgado em 24/08/2017. Rel. Min. Marco Aurélio.     | Diante de incertezas técnicas e científicas, recomenda-se a adoção de postura autocontida. Traços de consequencialismo na fundamentação. No caso, pronunciamento de inconstitucionalidade poderia gerar indesejável dependência externa no âmbito da construção civil, monopólio econômico “de fato”, incremento dos custos e prejuízo à política habitacional.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Ação direta de inconstitucionalidade em que se discutia a constitucionalidade de proibição do uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto.                                                                                                                                                                                   | <b>Não</b>  |
| <b>ADI 4066</b> julgado em 24/08/2017. Rel. Min. Fux.                 | As audiências públicas demonstraram a existência de dissenso científico – “da audiência pública, no meu entendimento, saltou aos olhos que essas ações precisam necessariamente, para a solução mais justa, não só da autocontenção judicial, mas, acima de tudo, da expertise de quem julgará.” “E, hoje, essa é uma questão hodierna constitucional do problema da capacidade institucional das cortes com relação ao limite da jurisdição constitucional. Então, quanto mais técnica é a questão, no meu modo de ver, com a devida vênua, maior deve ser a deferência do Poder Judiciário às opções políticas definidas pelo legislador ordinário.” “As políticas públicas quando envolvem conhecimentos técnicos e não se revelam, à evidência, insuficientes ou inadequadas em termos de proteção à saúde, impõe ao Poder Judiciário a autocontenção (judicial selfrestraint) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria”. | Questão jurídica a decidir: se, em face do que afirma o consenso médico e científico atual, a exploração do amianto crisotila, na forma como autorizada pela Lei nº 9.055/1995, é compatível com a escolha política, efetuada pelo Poder Constituinte, de assegurar, a todos os brasileiros, os direitos à saúde e à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. | <b>Sim</b>  |
| <b>ARE 1054490 QO</b> julgado em 05/10/2017. Rel. Min. Gilmar Mendes. | “Entendo que essas limitações, inclusive a cognoscibilidade e admissibilidade do recurso extraordinário, têm a ver e guardam relação com a ideia de um <i>self-restraint</i> . Não podemos pinçar processo e sair por aí a escolher causas que devem ser julgadas ou não.”                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Direito Eleitoral. Candidatura avulsa. Questão de ordem. Perda do objeto do caso concreto. Viabilidade da repercussão geral. A discussão acerca da admissibilidade ou não de candidaturas avulsas em eleições majoritárias, por sua inequívoca relevância política, reveste-se de repercussão geral.                                                                         | <b>NAO</b>  |
| <b>ADI 5526</b> , julgado em 11/10/2017.                              | Não se constatou o uso da expressão ou qualquer contribuição para a construção do                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Prejudicado                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Prejudicado |

|                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                           |            |
|--------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Min. Alexandre de Moraes.                                                | conceito. O julgado apareceu como resultado da busca por conta de sua <i>Indexação</i> .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                           |            |
| <b>ADI 3470</b> , julgado em 29/11/2017. Rel. Marco Aurélio.             | Mesmos argumentos apresentados na ADI 3937.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Discutia a possibilidade constitucional de lei estadual determinar a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos contendo asbesto/amianto.                                                                                                      | <b>NÃO</b> |
| <b>ADI 4332</b> , julgado em 07/02/2018. Rel. Min. Alexandre de Moraes.  | “Não cabe ao Poder Judiciário adotar uma postura proativa no exame da destinação de despesas orçamentárias pelo Poder Executivo. Ao julgar questões que digam respeito à alocação de orçamento, o Judiciário deve adotar o paradigma da autocontenção, evitando-se, em regra, o ativismo judicial.”                                                                                                                                                                     | LEI 1.788/2007 DO ESTADO DE RONDÔNIA. ART. 1º. REDUÇÃO DO VALOR PREVISTO NO ART. 87 DO ADCT PARA O PAGAMENTO DOS DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA POR MEIO DE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. EXERCÍCIO DO PODER DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR.                                     | <b>SIM</b> |
| <b>AP 937 QO</b> , julgado em 03/05/2018. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. | “há de se acolher aquilo que o Ministro Marco Aurélio denominou de “autocontenção”, na AP 536-QO/MG, ao assentar que a competência constitucional desta Suprema Corte somente pode ser alterada mediante a submissão de eventual alteração ao crivo do Poder Legislativo, que atuará, se for o caso, por meio da aprovação de competente emenda constitucional.”                                                                                                        | Limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele.                                                                                                                                                                              | <b>SIM</b> |
| <b>AP 996</b> , julgado em 29/05/2018. Rel. Min. Ricardo Lewandowski.    | “ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese vertente, compete tão somente comunicar à Casa Legislativa a que pertence o parlamentar condenado criminalmente que ocorreu o trânsito em julgado da decisão, para que esta proceda conforme os ditames constitucionais. Qualquer providência além dessa, a meu ver, teria o potencial de desencadear um indesejável conflito institucional, em contraste com a salutar postura de self restraint, ou seja, de autocontenção” | Ação Penal que analisou a prática dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro na Petrobrás.                                                                                                                                                                  | <b>SIM</b> |
| <b>ADI 5794</b> , julgado em 29/06/2018. Rel. Min. Fux.                  | “A autocontenção judicial requer o respeito à escolha democrática do legislador, à minguada de razões teóricas ou elementos empíricos que tornem inadmissível a sua opção.”                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Análise da constitucionalidade de lei trabalhista. Não violação à autonomia das organizações sindicais (art. 8º, I, da CRFB). Inocorrência de retrocesso social ou atentado aos direitos dos trabalhadores (artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da CRFB). | <b>SIM</b> |

|                                                                                                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                               |                   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| <p><b>MS 34493 AgR</b><br/>         julgado em<br/>         06/05/2019.<br/>         Rel. Min. Fux.</p>  | <p>“O Supremo Tribunal Federal não é instância recursal das decisões administrativas tomadas pelo CNMP no regular exercício das atribuições constitucionalmente estabelecidas, de sorte que, ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, impõe-se ao Poder Judiciário autocontenção (judicial self-restraint) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria.” “É que, no meu entender, devemos partir de uma análise de deferência para com os órgãos autônomos especializados em geral, especialmente àqueles que a Constituição da República outorgou assento constitucional de competência técnica para determinadas matérias.”</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <p>Pretensão de discutir o mérito de decisão proferida pelo CNMP dentro de processo administrativo disciplinar instaurado em face de procurador estadual, em que se aplicou a penalidade de advertência..</p>                                 | <p><b>SIM</b></p> |
| <p><b>MS 36037 AgR,</b><br/>         julgado em<br/>         28/05/2019.<br/>         Rel. Min. Fux.</p> | <p>Fundamentação idêntica à apresentada no <b>MS 34493 AgR.</b></p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | <p>Pretensão de revisar decisão cautelar de afastamento proferida em processo administrativo disciplinar instaurado pelo CNJ em face de desembargadora do TJMS.</p>                                                                           | <p><b>SIM</b></p> |
| <p><b>MI 6951 AgR</b><br/>         julgado em<br/>         20/09/2019.<br/>         Rel. Min. Fux.</p>   | <p>“A identificação da omissão inconstitucional do Poder Legislativo e sua (eventual) colmatação pela via injuncional não podem ser indiferentes à autocontenção (judicial self-restraint) e à deferência do Poder Judiciário frente à atividade legislativa democrática. A par da necessidade de se caracterizar a mora legislativa, a intervenção judicial pressupõe uma cuidadosa ponderação entre os bens jurídicos em jogo. É inviável, portanto, conferir interpretação no sentido de tratar as guardas municipais como órgão de segurança pública conceder-lhes o direito à aposentadoria especial. Consectariamente, alinho-me à antiga orientação jurisprudencial desta Corte que impõe uma postura de autocontenção judicial quanto à concessão, sem lei, de benefícios a servidores públicos. O Poder Legislativo, ao lado da legitimidade democrática, arroga maior capacidade epistêmica para disciplinar do assunto e é o locus em que deve ser discutida eventual concessão do direito à aposentadoria especial às guardas municipais. Nesse sentido, aliás, é Projeto de Lei Complementar do Senado 214/2016, ainda em tramitação, que visa a garantir o direito à aposentadoria especial às</p> | <p>Debateu uma suposta existência de omissão legislativa na criação de lei regulamentando a aposentadoria especial às guardas municipais por serem enquadráveis no conceito constitucional de segurança pública. A tese não foi acolhida.</p> | <p><b>SIM</b></p> |

|                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |            |
|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
|                                                             | guardas municipais e aos agentes de fiscalização de trânsito.”                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |            |
| <b>MI 6781</b> AgR, julgado em 20/09/2019. Rel. Min. Fux.   | Fundamentação idêntica à apresentada no <b>MI 6951 AgR</b> .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | A Corte entendeu que o risco eventual da atividade exercida pelos guardas municipais não pode ser considerado inerente do mesmo modo que policiais e agentes penitenciários, mercê de sua função pública constitucional tratar, expressamente, da “proteção dos bens, serviços e instalações do respectivo município, conforme dispuser a lei”. Razão pela qual se entendeu pela inexistência de omissão legislativa. | <b>SIM</b> |
| <b>Rcl 35025</b> AgR, julgado em 11/10/2019. Rel. Min. Fux. | “Não se vislumbra, in casu, violação ao disposto pela Súmula Vinculante 10. Ao revés, trata-se de hipótese de mero exercício de interpretação judicial. É dizer: a partir de interpretação do ato normativo atacado, entendeu-se prudente exercitar a autocontenção judicial, tendo em vista que, aos olhos dos magistrados do Tribunal Estadual, as questões que estavam sendo impugnadas eram de natureza <i>interna corporis</i> do órgão legislativo. Por conseguinte, na livre perspectiva da colenda Turma, eventual interferência judicial seria inadequada.”                               | Tratava de eventual ofensa à Súmula Vinculante n. 10, pelo TJMT, ao analisar a forma de composição do Tribunal de Contas Estadual, bem como dos critérios de escolha e nomeação de seus membros.                                                                                                                                                                                                                      | <b>SIM</b> |
| <b>Rcl 37680</b> AgR, julgado em 06/12/2019. Rel. Min. Fux. | Fundamentação idêntica à utilizada na <b>Rcl 35025</b> AgR.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Tratou de analisar decisão judicial que teria supostamente inobservado previsão legal expressa acerca de negativa de pedido administrativo de expedição de alvará de funcionamento provisório.                                                                                                                                                                                                                        | <b>SIM</b> |
| <b>MS 36253</b> AgR, julgado em 11/05/2020. Rel. Min. Fux.  | “trata-se da relevante questão de se considerar as capacidades institucionais e as funções constitucionais dos órgãos envolvidos na celeuma. A prudência e o respeito à Constituição, elementos que norteiam esta Corte, implicam em deferência aos órgãos autônomos especializados, salvo hipóteses de patentes ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.”<br>“A deferência não é absoluta, cessa-se no momento em que há ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, porém é necessária, mercê de não ser correto desvirtuar o papel destinado ao Conselho pela própria Constituição, tampouco | Mandado de Segurança em que mais uma vez se discutiu a possibilidade de o STF funcionar como instância revisora de decisões administrativas proferidas por órgãos especializados. No caso, tratava-se de decisão oriunda do CNJ proferida em sede de procedimento de controle administrativo que tratava de concurso público de serventias extrajudiciais.                                                            | <b>SIM</b> |

|                                                     |                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
|                                                     | imiscuir esta Corte em função inadequada com sua capacidade institucional.” |                                                                                                                                                                                                                                                                                 |            |
| MS 35758 AgR, julgado em 11/05/2020. Rel. Min. Fux. | Fundamentação idêntica à apresentada no MS 36253 AgR.                       | Situação muito semelhante à analisada pelo MS 36253, tendo em vista que também tratava da possibilidade de revisão, pelo STF, de decisão proferida pelo CNJ em procedimento de controle administrativo instaurado para tratar de concurso público de serventias extrajudiciais. | <b>SIM</b> |
| MS 36993 AgR, julgado em 29/05/2020. Rel. Min. Fux. | Fundamentação idêntica à apresentada nos MS 36253 AgR e MS 35758 AgR.       | Tratava de pedido de revisão de decisão proferida pelo CNJ em sede de PCA que envolvia serventias extrajudiciais.                                                                                                                                                               | <b>SIM</b> |
| MS 36884 AgR, julgado em 08/06/2020. Rel. Min. Fux. | Fundamentação idêntica à apresentada nos MS 36253 AgR e MS 35758 AgR.       | Tratava de pedido de revisão de decisão proferida pelo CNJ em sede de PCA que envolvia serventias extrajudiciais.                                                                                                                                                               | <b>SIM</b> |
| MS 36716, julgado em 16/06/2020. Rel. Min. Fux.     | Fundamentação idêntica à apresentada nos MS 36253 AgR e MS 35758 AgR.       | Aqui a situação fática era um pouco distinta. Também tratava de pedido de revisão de decisão proferida pelo CNJ em sede de PCA, mas que tinha como objeto decisão do TJBA que desativava comarcas.                                                                              | <b>SIM</b> |
| MS 37178, julgado em 18/08/2020. Rel. Min. Fux.     | Fundamentação idêntica à apresentada nos MS 36253 AgR e MS 35758 AgR.       | Tratava de pedido de revisão, pelo STF, de decisão proferida pelo CNMP que puniu promotor de justiça por suas manifestações no <i>facebook</i> .                                                                                                                                | <b>SIM</b> |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

Os resultados obtidos demonstraram a desnecessidade de formatação de um quadro com informações específicas acerca das decisões monocráticas. As razões que levaram a esta conclusão foram, basicamente, duas: a constatação do uso de fundamentos idênticos aos utilizados nas decisões colegiadas; e a quase que completa similitude entre os ministros que figuram no Quadro 3 e os que proferiram decisões monocráticas fazendo uso do termo descritor adotado. Apenas a Min. Rosa Weber que, apesar de não figurar na relação de ministros que proferiam voto fazendo uso do termo “autocontenção judicial”, aparece como “um novo achado” no rol de decisões monocráticas. Todavia, Rosa Weber, ao decidir, nos autos da Rcl nº 39.076, utiliza-se de fundamentação idêntica à construída por Fux no julgamento da Rcl nº 35.025.

Em que pese ter figurado por diversas vezes no Quadro 3, e também ser recorrente o encontro de seu nome na lista de decisões monocráticas em que se verifica o

manejo do descritor, chamou atenção a motivação de uma decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio. No Agravo Regimental interposto nos autos da Ação Cautelar nº 4.327, o Min. Marco Aurélio destaca a natureza valorativa, quase que moral, da autocontenção judicial ao afirmar que:

A todos os títulos, há de prevalecer a autocontenção judicial, virtude essencial sobretudo em tempos estranhos. É hora de serenidade, de temperança, de observância do racional, evitando-se atos extremos. A deferência ao Senado da República, o respeito ao mandato eletivo surgem inafastáveis, não como dados a levarem à impunidade, mas em atenção ao sufrágio universal (BRASIL, 2017).

Da análise de todos os julgados acima mencionados, bem como das decisões monocráticas que acusaram a presença do descritor utilizado para delimitar a pesquisa empírica, foi possível elaborar o seguinte conceito de autocontenção judicial: Princípio hermenêutico implícito na Constituição Federal que exige do julgador, em circunstâncias específicas, uma postura consequencialista de deferência aos juízos de expertise oriundos de órgãos técnicos e dos Poderes com capacidades institucionais mais adequadas. É um postulado que exige do Judiciário o reconhecimento humilde de que certos temas requerem um controle judicial mais brando, que deve ser dosado (em graus distintos de incidência) à luz do caso concreto. É, ainda, virtude essencial e necessária ao exercício da jurisdição constitucional, que contribui: para a preservação da legitimidade democrática da *judicial review*; para a possibilidade de diálogos constitucionais entre os Poderes (afastando a ideia de “juriscentrismo”); e para a observância aos limites que são próprios ao Judiciário.

Além de viabilizar a construção de um conceito amplo e jurisprudencial, fruto da reunião das ideias centrais da autocontenção aos olhos do Supremo, a análise dos julgados propiciou a revelação de outros importantes achados. Observou-se, por exemplo, que a autocontenção judicial deve ser especialmente observada quando o Judiciário se defrontar com, basicamente, dois grandes temas: quando a matéria for essencialmente política, por determinação constitucional, como nos casos de: a) alocação de despesas orçamentárias do Poder Executivo, b) desdobramentos da condenação criminal de parlamentar, c) matérias denominadas *interna corporis*, d) escolhas razoáveis feitas pelo legislador, e e) omissões inconstitucionais; ou quando o julgador estiver diante de questões de elevada complexidade técnica, que envolvam contextos de incerteza como, por exemplo, o exame de: i) normas técnicas de agências reguladoras, ii) políticas

públicas tecnicamente complexas que não são evidentemente insuficientes ou inadequadas, e iii) decisões administrativas de órgãos especializados.

Assim, diante dos casos acima mencionados (decisões políticas e/ou questões de elevada complexidade técnica), a regra autoimposta pelo STF é a adoção de uma postura autocontida. Todavia, tal regra possui exceções que também já foram jurisprudencialmente estabelecidas. Conforme é possível se concluir da análise conjunta de todas as decisões analisadas, excepcionalmente, a intervenção judicial será admitida quando se verificar: a violação de direitos fundamentais; a violação de regras essenciais ao Estado Democrático de Direito; a inconstitucionalidade chapada ou ilegalidade flagrante; o abuso de poder; e quando as escolhas implementadas forem teratológicas.

Apesar de ser objeto, hoje, de múltiplos estudos e possuidor de variados significados, para os fins propostos no presente estudo, e conforme destacado no capítulo anterior, a expressão “ativismo judicial” será utilizada nos termos propostos por Abboud e Mendes (2019) como sendo, basicamente, a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política, troca esta direcionada por um senso de justiça ou pelo moralismo. Trata-se da suspensão casuística, perpetrada pelo Poder Judiciário, dos efeitos da Constituição e de leis, aplicando-se, em seus lugares, a subjetividade pura e simples do julgador.

No contexto da judicialização da saúde, ativista será toda decisão judicial que toma a norma (em seu sentido mais amplo) como sendo um simples ponto de partida; ativista será a postura decisória que possui como norte, quase que exclusivo, transformar realidades, materializar a justiça em sua acepção valorativa; será a postura de analisar casuisticamente a ineficácia das políticas públicas de saúde, deferindo pedidos de tratamentos experimentais quando for indispensável à proteção da vida e da dignidade das partes; ativistas serão, ainda, as decisões que determinam o fornecimento, por parte do Estado, de medicamentos de alto custo não dispensados pelo SUS (Sistema Único de Saúde); que determinam o fornecimento de medicamentos não registrados pela Anvisa tomando como prova suficiente a prescrição de médico particular da parte autora que afirma que, para aquele tratamento específico, os medicamentos que constam na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) não são adequados.

Por outro lado, para os objetivos do presente estudo, a autocontenção judicial deve ser compreendida como sendo uma postura decisória diametralmente oposta à caracterizada no parágrafo anterior. Uma postura que procura efetivar o direito social à saúde levando em conta critérios indissociáveis ao funcionamento minimamente

satisfatório do SUS, tais como: o princípio da universalidade; e os critérios do custo-efetividade dos tratamentos e medicamentos, bem como, o critério de análise do impacto orçamentário ocasionado pelas suas incorporações. Além disso, decisões judiciais autocontidas devem prestar deferência aos posicionamentos técnicos e científicos dos órgãos competentes, bem como considerar os critérios e limites estabelecidos pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

### **3 CONTENÇÃO JUDICIAL - A PROPOSTA DE UM NOVO PARADIGMA**

Uma das etapas essenciais para o correto manuseio do método indutivo consiste na chamada “etapa de comparação”. Superadas as fases de observação, hipótese e experimentação, o método de abordagem indutiva exige que os dados obtidos sejam analisados e classificados (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2018).

O número de fases essenciais para a aplicação correta do método indutivo não é consenso na literatura especializada. Conforme destacam Marconi e Lakatos (2011), apenas três etapas seriam imprescindíveis: i) a fase de observação do fenômeno, com o específico objetivo de desvender as suas causas; ii) a fase de descoberta do nexo entre o fenômeno analisado e as premissas estabelecidas como hipótese (tal relação é implementada com a utilização de técnicas de comparação); iii) por fim, a fase da generalização da relação encontrada entre fenômenos semelhantes, demonstrando a tendência, ou possibilidade, de estabelecer regras gerais a partir do fenômeno individualmente examinado.

Para a correta análise dos dados e, principalmente, do conceito de autocontenção que foi encontrado a partir das amostras, se mostra indispensável, neste momento, a composição de um novo grupo de amostras, coletadas a partir dos conceitos doutrinário e jurisprudencial de autocontenção judicial, mas agora dentro do recorte temático do direito constitucional à saúde. Este momento da pesquisa tem por escopo por à prova o conceito revelado, por meio da aplicação de um teste de coerência, em que serão confrontadas decisões com contextos fático-jurídicos semelhantes.

#### **3.1 A judicialização de medicamentos no STF: o confronto dos conceitos com a realidade jurisprudencial**

Conforme destaca Cerqueira Neto (2020), apesar de o texto da Constituição de 1988 trazer a previsão expressa de diversos direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e coletivos inovadores, a composição do Supremo, que atravessou a Constituinte e ficou responsável pela interpretação e efetividade da nova Constituição, estava comprometida com o continuísmo político, postura autocontida que em muito limitou o alcance dos novos e revolucionários dispositivos constitucionais. O que Cerqueira Neto (2020) quer deixar nítido em sua pesquisa histórica da relação do STF

com a Constituição de 1988 é que a composição, ou melhor, a mudança de composição é fundamental para se compreender as viradas interpretativas e o próprio desenho constitucional.

No campo de pesquisa de jurisprudência do *site* do STF, ao se colocar o termo “direito à saúde” o acórdão mais antigo que se apresenta é o RE nº 226.835, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, julgado em 14 de dezembro de 1999 (BRASIL, 1999). Nele se discutia a possibilidade de internações hospitalares em leitos diferenciados, desde que o paciente custeasse a diferença de preço em relação ao leito oferecido pelo sistema público. Na fundamentação do acórdão se afirmou que o direito à saúde não deve sofrer embaraços ou limitações impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele, inaugurando, assim, uma jurisprudência do direito à saúde como um “direito a tudo” (FERRAZ, 2019).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado (BRASIL, 2020). Para a sua implementação, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado com a finalidade de propiciar uma cobertura universal. Com uma estrutura administrativa centralizada, os primeiros anos de funcionamento do SUS foram pautados na delegação de responsabilidades e atribuições aos Estados e Municípios. A descentralização perpetrada, apesar de essencial para a materialização dos objetivos primordiais do SUS, não foi acompanhada da garantia de financiamentos sustentáveis e da capacitação técnica de gestores (BIEHL; PETRYNA, 2016).

No transcorrer de praticamente toda a década de 1990, a judicialização da saúde não se apresentava como uma questão relevante, ao menos quando se toma como referência os índices estatísticos de litigiosidade. A título de exemplo, no ano de 1995 apenas quatro ações judiciais foram ajuizadas contra o estado do Rio de Janeiro (BIEHL; PETRYNA, 2016).

Ao refletirem acerca da evolução histórica dos índices brasileiros de judicialização da saúde, Biehl e Petryna (2016) atribuem, como nascedouro da litigiosidade, a política nacional de enfrentamento ao vírus da Aids. Segundo os autores, o Brasil, em 1996, tornou-se o primeiro país do hemisfério sul a determinar, através de lei, a distribuição universal e gratuita de medicamentos antirretrovirais, ocasionando uma mudança substancial na forma de se encarar a saúde pública, dando sinais de abandono da compreensão estritamente programática do direito à saúde e de acolhimento da perspectiva efetivadora do direito à saúde, como sendo um direito a tudo e imediato (BIEHL; PETRYNA, 2016). Neste aspecto, Biehl e Petryna (2016) deixam claro que os

mais variados atores que atuam no sistema de saúde entendem como correto, e um fim a ser perseguido, tornar a medicina de alta tecnologia acessível a todos, mesmo que para isso seja necessário se valer da via judicial para forçar o Estado a tomar todas as medidas necessárias para que o paciente seja submetido ao tratamento pleiteado.

Dando continuidade à evolução da judicialização da saúde no Brasil, um dos achados interessantes do levantamento historiográfico realizado por Biehl e Petryna (2016) está no fato de se constatar que até 1998 os requerimentos envolviam, quase que exclusivamente, a exigência de fornecimento de medicamentos destinados ao tratamento do HIV/Aids. A partir de 1999, o rol de doenças passou a ser ampliado, sendo possível observar a propositura de ações alusivas a diabetes, câncer e outras patologias diversas do HIV/Aids. O ápice desse primeiro momento histórico, de transmutação da ótica programática do direito à saúde para uma visão realmente efetivadora e subjetivamente exigível, possui como marco o acórdão proferido no RE n. 271286, da relatoria do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2000), no qual o Supremo, nos anos 2000, consolidou o entendimento de que o programa de assistência farmacêutica configura a concretização do dever constitucional do governo de implementar políticas que garantam a saúde da população, deixando o direito à saúde de ser “uma promessa constitucional inconsequente”. Restou, assim, consolidado o caminho da judicialização como rota alternativa à efetivação do direito à saúde, contornando questões alusivas a limitações próprias da política e de seus recursos orçamentários, bem como a base de evidências da eficácia de novos medicamentos (BIEHL; PETRYNA, 2016).

No ano de 2010, todavia, o Supremo, nos autos do processo de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, resolveu estabelecer contornos mais definidos ao tema da judicialização da saúde. Nos termos do conceito de autocontenção judicial aqui trabalhado, a STA nº 175 constitui uma importante decisão, apresentando critérios que devem ser necessariamente observados para que seja constitucional o deferimento dos pedidos.

A jurisprudência que se consolidou no STF no sentido de conferir amplitude máxima ao direito à saúde teve a função de tornar explícita a exigibilidade imediata dos direitos fundamentais de 2ª dimensão (BONAVIDES, 2009), sepultando a dogmática que propugnava o caráter exclusivamente programático de tais disposições. Entretanto, uma década de judicilização do “direito a tudo”, como denomina Ferraz (2019), demonstrou a insustentabilidade da interferência do Poder Judiciário na feição política e de gestão da saúde pública.

A STA nº 175 representa, portanto, um momento de virada jurisprudencial. A partir dela o Supremo passou a considerar, via de regra, a impossibilidade de concessão de medicamentos e tratamentos que não estivessem incorporados pelo SUS, rejeitando, assim, a jurisprudência então dominante. Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes, presidente do STF à época, consignou que resulta em grave lesão à ordem administrativa e ao comprometimento da funcionalidade de todo o SUS a continuidade da adoção do entendimento de obrigar a rede pública a custear toda e qualquer ação e prestação de saúde existente (BRASIL, 2010). A regra geral, desta feita, passou a ser a concessão de medicamentos e tratamentos dispensados pelo SUS. A decisão autorizava o deferimento de medicamentos ou tratamentos diversos quando restasse comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

O crescimento exponencial de demandas relativas à judicialização da saúde após o julgamento da STA nº 175 demonstra empiricamente que a vagueza dos parâmetros estabelecidos para o excepcional deferimento das ações acaba por ajudar a entender os motivos que levaram a medida suspensiva a não surtir o efeito obstativo que dela se esperava. A falência da exceção decorreu da fragilidade probatória que se entendeu suficiente para demonstrar a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Na grande maioria das demandas, os tribunais, inclusive o próprio STF, entendiam suficiente a prescrição médica que afirmava que apenas o medicamento/tratamento indicado seria capaz de reverter o quadro clínico da parte autora.

Objetivando, mais uma vez, estabelecer requisitos mais claros e providos de racionalidade jurídica, o STF, nos autos do RE nº 657.718, que tratou exclusivamente da concessão de medicamentos experimentais e dos sem registro na Anvisa, entendeu por estabelecer os seguintes limites, autocontendo-se mais uma vez (BRASIL, 2019): i) apenas a União possui legitimidade passiva para figurar neste tipo de demanda; ii) o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais (regra peremptória e sem exceções); iii) a ausência de registro na Anvisa impede, via de regra, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

Como se vê, em se tratando de pedido de fornecimento de fármaco sem registro na Anvisa, a jurisprudência admite, excepcionalmente, a concessão judicial se preenchidas as seguintes condições (BRASIL, 2019): caso se demonstre a mora irrazoável da Anvisa para registrar o medicamento (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016); que exista pedido de registro do medicamento no Brasil; a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e demonstrada

a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. O STJ vem seguindo a mesma linha de reforma da jurisprudência do direito à saúde como sendo um “direito à tudo”, mesmo que se trate de exigência voltada a planos de saúde privados. Ao julgar o REsp nº 1.712.163/SP e o REsp nº 1.726.563/SP, representativos de controvérsia, o STJ firmou a tese repetitiva, prevista no Tema nº 990, no sentido de desobrigar as operadoras de plano de saúde de fornecerem medicamentos não registrados pela Anvisa (BRASIL, 2018).

Apesar de recentes, e de aprimorarem o debate que circunda os limites da judicialização da saúde, já é possível afirmar que as restrições estabelecidas, com repercussão geral reconhecida, pelo RE nº 657.718, por exemplo, não são suficientes para impor uma diretriz completa de autocontenção do Judiciário, conforme destaca Ferraz (2019, p. 12-13):

O registro do medicamento na Anvisa ou, quando esta se encontrar em mora, em agências renomadas do exterior, não pode ser condição suficiente para gerar a obrigação do Estado de fornecê-lo no sistema público de saúde. Há milhares de medicamentos registrados que cumprem os requisitos de eficácia, segurança e qualidade, mas que, por razões de custo-efetividade e impacto orçamentário, não justificam suas incorporações nas listas de qualquer sistema de saúde do mundo, por mais rico que seja. Seria importante, desse modo, que ficasse claro que os requisitos da tese estabelecida no RE n. 657.718 configuram apenas condições necessárias, e não suficientes, para a concessão de medicamentos sem registro na Anvisa e que, antes de conceder medicamento sem registro na Anvisa, o Judiciário exigisse também a demonstração de que os requisitos de incorporação estabelecidos na Lei nº 12.401/2012 estejam presentes (...).

Ademais, é importante sobrelevar, ainda, que a simples constatação da existência de registro do medicamento na Anvisa, e a sua previsão de dispensação gratuita pelo SUS também não são suficientes para que seja determinado o seu fornecimento pelo Estado. Além de tais constatações é indispensável que seja observado se o medicamento pleiteado será utilizado para a finalidade autorizada pela entidade reguladora. O uso de medicamento registrado pela Anvisa mas para finalidade diversa da reconhecida como segura e eficaz, o chamado uso *off-label*, é considerado como tratamento não aprovado e não registrado pela Anvisa (BRASIL, 2012). O procedimento de registro de medicamentos é criterioso e baseado exatamente nos estudos científicos realizados para o seu uso em finalidades específicas. A Anvisa não é responsável, portanto, apenas pelo registro do medicamento, mas também por estabelecer documentos norteadores de uso dos fármacos, que são: o Formulário Terapêutico Nacional (FTN) e protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDTs) definidos pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2020),

dado que reforça o *status* de medicamento não registrado àquele utilizado para finalidade distinta da autorizada pela Anvisa e que não poderia, por razões de deferência técnico-científica, receber do Judiciário uma classificação diversa.

É possível verificar, com o auxílio das ferramentas de busca de jurisprudência dos tribunais, inclusive dos Tribunais Superiores, que persistem, e em grande quantidade, decisões judiciais concedendo medicamentos sem registro na Anvisa e sem a demonstração do preenchimento dos excepcionais requisitos estabelecidos pelo RE nº 657.718, conforme se demonstra abaixo:

| <b>Exemplos de decisões que determinaram o fornecimento <i>off label</i> de medicamentos, inobservando os requisitos impostos pelo RE 657.718 e/ou pelo Tema 990, do STJ</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1. <b>STJ.</b> MS nº 26.024 - DF (2020/0084837-9). Decisão monocrática. Relatora : Ministra Assusete Magalhães – Determinou o fornecimento de cloroquina para o tratamento precoce do impetrante apresentando como fundamentos o cenário de pandemia, sobrelevando que se deve levar em conta o risco x benefício e os bens da vida protegidos. “De um lado está o direito à VIDA do paciente, e de outro MERA BUROCRACIA, consubstanciada em protocolos de pesquisa”.                                                                                                                                                                       |
| 2. <b>STJ.</b> AgInt no AREsp 1429511/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2020, DJe 19/03/2020. – Assentou que os planos de saúde não podem negar o fornecimento de medicamento <i>off label</i> , por entender, em manifesta contrariedade ao posicionamento do órgão técnico responsável, que a utilização diversa da autorizada pela Anvisa não é capaz de enquadrar o medicamento na categoria dos não registrados.                                                                                                                                                                            |
| 3. <b>TRF1.</b> AC 0001490-70.2016.4.01.3803. Acórdão. Relator: Desembargador Federal Carlos Augusto Pires Brandão. Julgado em 14/08/2019. – A decisão colegiada afastou, por unanimidade, o enquadramento do uso <i>off label</i> do medicamento Adalimumabe para tratamento de Retocolite Ulcerativa simplesmente por constatar, em consulta à bula do medicamento, que ele é destinado ao tratamento da doença mencionada, mesmo inexistindo tal previsão na RENAME à época do julgamento, tendo em vista que a ampliação de uso do medicamento, para tratamento da retocolite ulcerativa moderada a grave, apenas ocorreu em 22/10/2019. |

A lista de julgados apresentada acima é meramente exemplificativa, não representando o enorme número de julgados em que se vislumbra a flexibilização dos critérios, já excepcionais, impostos pelos Tribunais Superiores. No intuito de averiguar a eficácia das restrições autoimpostas pelo STF no julgamento de demandas em que se veicula o fornecimento de medicamentos pelo Estado, realizou-se, mais uma vez com o

auxílio da ferramenta de busca de jurisprudência disponibilizada no *site* do STF, a pesquisa central do presente estudo.

Nela, utilizou-se como marco temporal o dia 22 de maio de 2019, que corresponde a data de julgamento do RE nº 657.718, em que o Supremo fixou o Tema 500, estabelecendo as limitações acima mencionadas. Os descritores utilizados foram: *direito à saúde; medicamento; registro na Anvisa*. Estabelecidas tais balizas, encontrou-se como resultado: 2 acórdãos (o próprio RE nº 657.718 e o RE nº 855.178, que fixou o Tema 793 – que preconiza a solidariedade entre os entes nas demandas prestacionais na área da saúde); e 58 decisões monocráticas.

A pesquisa, portanto, deteve-se à análise das decisões monocráticas. Dentre as 58 encontradas, 3 relacionavam-se a *habeas corpus*, outras 3 diziam respeito a demandas envolvendo marcas e patentes e dois dos Agravos em Recurso Extraordinário referiam-se à matéria criminal. Após o descarte das 8 decisões referidas, foram apreciadas 50 decisões monocráticas, nas quais se buscou encontrar: o respeito às restrições estabelecidas pelo RE nº 657.718, bem como, diante de uma eventual inobservância ao Tema 500, quais argumentos foram utilizados para justificar a não aplicação da tese com repercussão geral reconhecida. Colocados os parâmetros de busca, as decisões investigadas foram organizadas de acordo com sua respectiva classe processual, conforme os quadros abaixo:

**Quadro 4 – Classificação das decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de Reclamação (Rcl) após a fixação dos Temas 500 e 793 quanto à postura decisória (autocontenção ou ativismo).**

| Número        | Postura decisória                    | Breve análise dos fundamentos                                                                                                                                                |
|---------------|--------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Rcl Nº 39.447 | Autocontenção violadora do Tema 500. | Não enfrentou o debate. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                   |
| Rcl Nº 38.823 | Autocontenção violadora do Tema 500. | Não enfrentou o debate. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                   |
| Rcl Nº 36.402 | Autocontenção protetora do Tema 500. | Súmula nº 279, do STF, manejada para, em não revolvendo matéria fático-probatória, manter os efeitos da decisão que observou as restrições estabelecidas pelo RE nº 657.718. |
| Rcl Nº 38.120 | Ativista.                            | Violação expressa e direta ao Tema 500, mantendo o dever de prestação de                                                                                                     |

|               |                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|---------------|--------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|               |                                      | medicamento sem registro na Anvisa e fora das exceções estabelecidas.                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Rcl Nº 38.797 | Autocontenção protetora do Tema 500. | Apesar de fazer uso de argumento de cunho processual para determinar o não cabimento da Reclamação, este posicionamento acabou por privilegiar a decisão que aplicou a <i>ratio decidendi</i> do RE nº 657.718.                                                                                                                                          |
| Rcl Nº 41.474 | Autocontenção protetora do Tema 500. | Fez-se uso de argumentos de cunho processual para determinar o não cabimento da Reclamação, privilegiando a decisão que aplicou a <i>ratio decidendi</i> do RE nº 657.718.                                                                                                                                                                               |
| Rcl Nº 43.149 | Autocontida violadora do Tema 793.   | Apesar de reconhecer que a decisão reclamada corretamente entendeu pela responsabilidade solidária dos entes, inobservou o desrespeito ao RE nº 855.178 no que tange ao dever da autoridade judicial de direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências do SUS e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. |
| Rcl Nº 40.638 | Autocontida violadora do Tema 793.   | Reconheceu que a decisão reclamada entendeu pela responsabilidade solidária dos entes, mas inobservou o desrespeito ao RE nº 855.178 no que tange ao dever juiz de direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências do SUS e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.                                      |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

**Quadro 5 – Classificação das decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de suspensão de tutela provisória (STP) após a fixação dos Temas 500 e 793 quanto à postura decisória (autocontenção ou ativismo).**

| Número     | Postura decisória                    | Breve análise dos fundamentos                                                                                                                                                                                          |
|------------|--------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| STP nº 468 | Autocontenção violadora do Tema 500. | Mesmo sendo incontroverso que o medicamento requerido não possuía registro e que as exceções não foram preenchidas, os contornos do direito constitucional à saúde não foram examinados por justificativas processuais |

|               |                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|---------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|               |                                            | que indicaram o não cabimento da contracautela.                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| STP nº 153    | Autocontenção violadora do Tema 500.       | Não enfrentou o debate. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                                                                                                                           |
| STP nº 639    | Autocontenção violadora do Tema 500.       | Não enfrentou o debate. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro, bem como a inobservância ao dever do julgador de direcionar o cumprimento da decisão judicial ao ente responsável pelo seu adimplemento e, se fosse o caso, determinar o ressarcimento a quem, indevidamente, suportou o ônus financeiro. |
| STP n. 490 MC | Autocontida protetora dos Temas 500 e 793. | Os pontos essenciais tanto do RE nº 657.718, quanto do RE 855.178 foram devidamente observados.                                                                                                                                                                                                                                      |
| STP n. 447    | Ativista.                                  | Decisão que violou o Tema 500 em múltiplos aspectos. Desrespeitou evidências técnicas e científicas, afastou com argumentos genéricos a questão do impacto orçamentário, além de não obstar o deferimento de medicamento para uso não indicado pela Anvisa.                                                                          |
| STP n. 490    | Ativista.                                  | Violou o Tema 500 em múltiplos aspectos. Afastou com argumentos genéricos a questão do impacto orçamentário, além de não obstar o deferimento de medicamento para uso não indicado pela Anvisa.                                                                                                                                      |
| STP n. 447    | Autocontida violadora do Tema 500.         | Durante o exame liminar da contracautela o Tema 500 foi violado na medida em que não houve a suspensão da decisão que deferiu medicamento sem registro na Anvisa.                                                                                                                                                                    |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

**Quadro 6 – Classificação das decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de Suspensão de Liminar (SL) após a fixação dos Temas 500 e 793 quanto à postura decisória (autocontenção ou ativismo).**

| Número        | Postura decisória                                | Breve análise dos fundamentos                                                                               |
|---------------|--------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| SL n. 1383 TP | Autocontida protetora do Tema 500 e do Tema 793. | A liminar foi deferida considerando o elevado impacto orçamentário que seria suportado pelo ente municipal. |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

**Quadro 7 – Classificação das decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário (RE) após a fixação dos Temas 500 e 793 quanto à postura decisória (autocontenção ou ativismo).**

| Número          | Postura decisória                    | Breve análise dos fundamentos                                                                                                                                                                                                 |
|-----------------|--------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RE nº 1.024.572 | Autocontenção protetora do Tema 500. | O recurso determinou a reforma da decisão que determinou o fornecimento de medicamento sem registro na Anvisa.                                                                                                                |
| RE nº 1.234.426 | Autocontenção protetora do Tema 500. | Súmula 279 utilizada como justificativa para o não revolvimento de fatos e provas considerados em decisão que denegou o fornecimento de medicamento sem registro na Anvisa.                                                   |
| RE nº 1.282.257 | Ativista.                            | Viola o Tema 500. Não considera a utilização <i>off label</i> de medicamento a fármaco sem registro, contrariando a opinião técnica do Ministério da Saúde, da Anvisa e do Conitec.                                           |
| RE nº 1.286.407 | Autocontida protetora.               | Confere efetividade ao Tema 793.                                                                                                                                                                                              |
| RE nº 1.259.722 | Autocontida protetora.               | Confere efetividade ao Tema 793.                                                                                                                                                                                              |
| RE nº 1.269.583 | Ativista.                            | A fundamentação é pautada na inobservância do Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde. Dosagem superior do medicamento foi deferida considerando, tão somente, a indicação do médico do paciente. |
| RE nº 1.283.496 | Autocontida violadora.               | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                       |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

**Quadro 8 – Classificação das decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) após a fixação dos Temas 500 e 793 quanto à postura decisória (autocontenção ou ativismo).**

| Número           | Postura decisória                  | Breve análise dos fundamentos                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|------------------|------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ARE nº 1.232.455 | Ativista.                          | Viola o Tema 500. Não considera a utilização <i>off label</i> de medicamento a fármaco sem registro, contrariando a opinião técnica do Ministério da Saúde, da Anvisa e do Conitec.                                                                                                                                                                                 |
| ARE n. 1.254.162 | Autocontida protetora do Tema 500. | A fundamentação pautou-se no fato de que a parte autora não demonstrou a ineficácia ou a imprestabilidade dos medicamentos análogos aos pleiteados.                                                                                                                                                                                                                 |
| ARE nº 1.242.120 | Autocontida violadora.             | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| ARE nº 1.204.676 | Autocontida violadora.             | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| ARE nº 1220625   | Autocontida violadora.             | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| ARE nº 1269957   | Autocontida violadora.             | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| ARE nº 1225321   | Autocontida violadora.             | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| ARE nº 1.253.313 | Autocontida violadora.             | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                                                                                                                                                             |
| ARE nº 1.275.135 | Autocontida protetora do Tema 500. | Confirmou decisão que impossibilitou a comercialização de anorexígenos sem registro na Anvisa.                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| ARE nº 1.204.236 | Ativista.                          | Apesar de afirmar a aplicação e defesa dos Temas 500 e 793, a fundamentação fez uso de termos jurídicos abertos, fazendo alusão a um direito à saúde como diretriz absoluta. Destaca que o recurso não pode ser julgado procedente pois o acolhimento da pretensão conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. |
| ARE nº 1.168.297 | Ativista.                          | Viola o Tema 500. Não considera a utilização <i>off label</i> de medicamento a fármaco sem registro, contrariando a opinião técnica do Ministério da Saúde, da Anvisa e do Conitec.                                                                                                                                                                                 |
| ARE nº 1241795   | Autocontida violadora.             | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou o deferimento de medicamento sem registro.                                                                                                                                                                                                                                                                             |

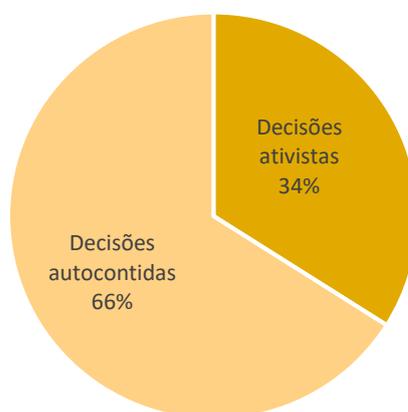
|                  |                        |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|------------------|------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ARE nº 1.220.404 | Ativista.              | Apesar de afirmar a aplicação e defesa dos Temas 500 e 793, a fundamentação fez uso de termos jurídicos abertos, fazendo alusão a um direito à saúde como diretriz absoluta. Destaca que o recurso não pode ser julgado procedente pois o acolhimento da pretensão conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. |
| ARE nº 1.235.831 | Ativista.              | Violação ao Tema 500. Julgou improcedente recurso que pretendia ver reformada decisão que determinou o fornecimento de medicamento sem eficácia terapêutica comprovada.                                                                                                                                                                                             |
| ARE nº 1.233.821 | Ativista.              | Violação ao Tema 500. Uso de termos jurídicos abertos, fazendo alusão a um direito à saúde como diretriz absoluta. Destaca que o recurso não pode ser julgado procedente pois o acolhimento da pretensão conduziria a resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde.                                                           |
| ARE nº 1.241.435 | Ativista.              | Violação ao Tema 500. Fundamentação idêntica a utilizada no ARE n. 1233821.                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| ARE nº 1.221.120 | Ativista.              | Violação ao Tema 500. Fundamentação idêntica a utilizada no ARE n. 1233821.                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| ARE nº 789.664   | Ativista.              | Violação ao Tema 500. Fundamentação idêntica a utilizada no ARE n. 1233821.                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| ARE nº 1.245.830 | Autocontida protetora. | Súmula 279 utilizada para garantir a observância ao Tema 500, privilegiando pareceres técnicos e estudos científicos.                                                                                                                                                                                                                                               |
| ARE nº 1.253.171 | Autocontida protetora. | Súmula 279 utilizada para garantir a observância ao Tema 500.                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| ARE nº 1.241.852 | Autocontida protetora. | Súmula 279 utilizada para garantir a observância ao Tema 500.                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| ARE nº 1.253.135 | Ativista.              | Violação ao Tema 500. Fundamentação idêntica a utilizada no ARE n. 1233821.                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| ARE nº 1.255.854 | Ativista.              | Violação ao Tema 500. Fundamentação idêntica a utilizada no ARE n. 1233821.                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| ARE nº 1.277.698 | Ativista.              | Violação ao Tema 500. Fundamentação idêntica a utilizada no ARE n. 1233821.                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| ARE nº 1.242.262 | Autocontida protetora. | Súmula 279 utilizada para garantir a observância ao Tema 500.                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |

|                  |                        |                                                                |
|------------------|------------------------|----------------------------------------------------------------|
| ARE nº 1.212.707 | Autocontida violadora. | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou decisão ativista. |
| ARE nº 1.261.279 | Autocontida violadora. | Súmula 279 manejada. Abstenção que acobertou decisão ativista. |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

No intuito de estabelecer parâmetros estatísticos capazes de melhor orientar as conclusões a serem tiradas dos dados encontrados, as informações apresentadas nos quadros acima foram organizadas nos gráficos a seguir:

**Gráfico 1 – Classificação em percentual das 50 decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal após a fixação dos Temas 500 e 793 quanto à postura decisória (autocontenção ou ativismo).**



Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

**Gráfico 2 – Classificação em percentual das 50 decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal após a fixação dos Temas 500 e 793 quanto à observância aos temas (violadoras ou respeitadoras).**



Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

**Tabela 1 – Classificação das 50 decisões monocráticas proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal por tipo quanto à postura decisória.**

| Tipo | Total | Ativista | Autocontida violadora | Autocontida Protetora | Índice de respeitabilidade |
|------|-------|----------|-----------------------|-----------------------|----------------------------|
| Rcl  | 8     | 1        | 4                     | 3                     | 37,5%                      |
| STP  | 7     | 2        | 4                     | 1                     | 14,28%                     |
| SL   | 1     | 0        | 0                     | 1                     | 100%                       |
| RE   | 7     | 2        | 1                     | 4                     | 57,14%                     |
| ARE  | 27    | 12       | 9                     | 6                     | 22,22%                     |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

### 3.2 Discussão acerca dos resultados

O gráfico nº 1 sugere, tomando por base o universo de decisões analisadas (50 no total), a existência de uma tendência do STF a proferir decisões autocontidas quando estiver diante de demandas que digam respeito à judicialização de medicamentos, tendo em vista que em 66% das amostras se constatou características decisórias autocontidas. Durante a pesquisa jurisprudencial implementada no âmbito do STF, portanto, é possível verificar que, aparentemente, existe uma tendência de observância às restrições trazidas pelo RE nº 657.718, constatação que pode supostamente apontar no sentido da eficácia da autocontenção judicial sugerida. Entretanto, é preciso lembrar, neste momento, o conceito de autocontenção judicial ora adotado.

Conforme já destacado, para os objetivos do presente estudo, a autocontenção judicial deve ser compreendida como sendo uma postura decisória diametralmente oposta à observada em decisões ativistas. Para a sua configuração é necessário perceber uma postura prudente do julgador, que procura efetivar o direito social à saúde levando em conta critérios indissociáveis ao funcionamento minimamente satisfatório do SUS, tais como: o princípio da universalidade; e os critérios do custo-efetividade dos tratamentos e medicamentos, bem como, o critério de análise do impacto orçamentário ocasionado pelas suas incorporações. Além disso, decisões judiciais autocontidas devem prestar deferência aos posicionamentos técnicos e científicos dos órgãos competentes; bem como devem considerar os critérios e limites estabelecidos pela lei e por sua própria jurisprudência, em se tratando de Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o Gráfico nº 2 foi elaborado tomando como referência exatamente a observância aos critérios autoimpostos pelo Supremo para estabelecer o desenho constitucional do direito à saúde, especialmente os estabelecidos pelo já mencionado RE

nº 657.718. Da leitura do gráfico, observa-se que existe, na verdade, 70% de chance dos referidos critérios não serem, de alguma forma, implementados pelo STF. O julgamento da STP nº 447 apresenta-se como o *standard* de desobediência decisória que costuma ser implementado pelo STF.

Na STP nº 447 se discutia decisão que determinou o fornecimento do medicamento Pirfenidona, para o tratamento de fibrose pulmonar idiopática. Por ser fármaco sem registro na Anvisa, o deferimento do pedido de seu fornecimento deveria ter sido antecedido da observância de preenchimento de todas as hipóteses excepcionalmente estabelecidas pelo RE nº 657.718, além da análise do custo-efetividade e do impacto orçamentário, requisitos expressamente estabelecidos pela Lei nº 12.401/2012. A fundamentação apresentada na decisão, entretanto, mostrou-se violadora de restrições legais e jurisprudenciais em diversos aspectos.

O argumento do impacto orçamentário, por exemplo, foi rechaçado de maneira lacunosa, afirmando-se que: “A relativa modicidade do custo do medicamento em tela em comparação ao orçamento destinado à saúde de ente federativo de grande porte, como é o Município de Belo Horizonte, afasta a potencial gravidade concreta de eventual lesão financeira a ser suportada pela Administração Municipal” (BRASIL, 2020). Ainda que fosse verdadeiro, o argumento não deveria ter sido afastado de forma tão abstrata. Informações acerca dos gastos com a compra do medicamento e os valores destinados à saúde pelo ente público deveriam ter sido concretamente mensuradas.

Um outro ponto da fundamentação que pode ser classificado como ativista, diz respeito à completa inobservância das evidências técnicas e científicas pertinentes ao caso. A CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, órgão dotado de expertise para recomendar a incorporação de fármacos à RENAME e para averiguar a eficácia do medicamento para tratamentos específicos, concluiu à unanimidade de seus membros, no Relatório de Recomendação nº 420/2018, que a Pirfenidona, além de apresentar um impacto orçamentário anual estimado em 27 milhões de reais para cobrir uma população de pouco mais de 6 mil brasileiros, foi classificado como fármaco possuidor de “*fraca evidência quanto à prevenção de desfechos críticos, tais como mortalidade e exacerbações agudas*”. Este argumento já seria bastante para justificar a sua não incorporação. Mas a CONITEC também detectou “*um grau importante de incidência de reações adversas e descontinuações*”, tornando a relação entre os riscos e benefícios para o paciente desfavorável à incorporação do medicamento (BRASIL, 2018b).

Dentro destes números, é importante destacar, ainda, a interpretação conferida pelo Supremo ao Enunciado nº 279 de sua súmula, que afirma não ser cabível a interposição de recurso extraordinário para simples reexame de prova (BRASIL, 1963), por ser, tal postura, perfeitamente enquadrável no conceito aqui proposto de autocontenção, ao justificar, de maneira superficial, a negativa de seguimento de reclamações constitucionais ou a inviabilidade de recursos extraordinários. Cuida-se de limitação cognitiva que o STF se autoimpõe, restringindo o espectro de incidência de sua jurisdição sempre que detectar a necessidade de revolvimento da valoração fático-probatória para que a demanda seja devidamente apreciada e resolvida.

É importante, nesta pesquisa, dar destaque ao manejo da Súmula nº 279 do STF, pois, ao se conjugar no campo de busca de jurisprudência do Supremo as duas posturas autocontidas (a de observância aos critérios estabelecidos pelo RE 657.718 e a de impossibilidade de reexame de provas), a conclusão a que se chega indica o incremento da ineficácia da autocontenção na limitação de decisões ativistas, conforme se observa das ementas colacionadas a seguir, além das já referidas nos quadros acima:

**Quadro 9 – Análise exemplificativa da fundamentação de decisões que privilegiam a aplicação da súmula nº 279, do Supremo Tribunal Federal, em detrimento do controle de decisões de outros tribunais que desrespeitam o limite constitucional do direito à saúde.**

| DECISÃO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | CONSIDERAÇÕES FÁTICAS E JURÍDICAS                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>Rcl 36402</b> AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/10/2019</p> <p>AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFICÁCIA DO MEDICAMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 - TEMA 500 DA REPERCUSSÃO GERAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.</p> | <p>Após destacar que houve apreciação dos documentos acostados aos autos pelo Magistrado de primeiro grau, que considerou a prescrição médica para necessidade singular do cidadão, concluiu pela recusa indevida do fornecimento do medicamento, violando o direito do Autor.</p> <p>Em seguida foi apresentada a genérica justificativa de impossibilidade de análise do mérito recursal: “Verifica-se, portanto, que para dissentir do acórdão recorrido, seria necessário o exame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada nesta sede recursal, conforme consubstanciado na Súmula 279/STF (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário)”.</p> |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>Rel 36402 / PR – PARANÁ. RECLAMAÇÃO.</b><br/>         Decisão monocrática. Relator(a): Min. LUIZ FUX.<br/>         Julgamento: 21/08/2019</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | <p>A Reclamação possuía como objeto acórdão oriundo do TJ/PR, no qual se determinou ao Estado o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa. Para não adentrar no mérito da questão, o Ministro Relator limitou-se a dizer que “a decisão de concessão ou não de medicamentos sem registro na ANVISA demanda análise do caso concreto e, portanto, do conjunto probatório produzido na ação origem (...). Haja vista que a decisão reclamada se baseou em circunstância de fato, consistente na ausência de prova da eficácia do medicamento (sem registro na ANVISA) pleiteado, eventual prosseguimento da presente reclamação demandaria evidente revolvimento do conjunto probatório produzido nas instâncias ordinárias, o que, como visto, é vedado pelo ordenamento. Ex positis, NEGO SEGUIMENTO à presente reclamação(...)”.</p> |
| <p><b>ARE 1204676 / RJ. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.</b> Decisão monocrática. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento: 03/06/2019.</p> <p>DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. MATÉRIA JULGADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 500. TESE PELA QUAL SE FIXAM REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DO DIREITO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONTEÚDO PROBATÓRIO DOS AUTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.</p> | <p>A decisão que se buscava reformar, oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, determinou o fornecimento de medicamento para tratamento distinto do autorizado pela Anvisa (<i>off-label</i>), caracterizando situação de medicamento sem registro na Anvisa. A justificativa utilizada pela Ministra Relatora para inadmitir o recurso limitou-se a afirmar que “rever o entendimento adotado pelo Tribunal de origem e verificar se estão preenchidos os requisitos estabelecidos na tese do caso paradigma demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento que não pode ser validamente adotado em recurso extraordinário. Incide na espécie a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal”.</p>                                                                                                                     |

Fonte: Elaboração do autor com base em dados colhidos no sítio eletrônico do STF.

As decisões que privilegiam a inadmissibilidade de recursos e reclamações, materializando uma linha interpretativa autocontida, acabam, em última análise,

colaborando para que a decisão ativista objurgada, que inobservou parâmetros e critérios estabelecidos em decisão colegida do Supremo, com repercussão geral reconhecida, produza seus efeitos de maneira diversa do desenho constitucional traçado pelo STF. Nestas situações, a postura autocontida auxilia na proliferação do ativismo judicial. Esta foi, inclusive, a conclusão encontrada no estudo que pretendeu investigar o comportamento autocontido do STF nas reclamações constitucionais (PONTES; GOMES NETO; e PEDROSO, 2020).

A pesquisa, com recorte temporal de 1988 a 2017, buscou examinar empiricamente como o Supremo se comporta diante das reclamações constitucionais relacionadas a políticas públicas. A seletividade encontrada foi justificada por Pontes, Gomes Neto e Pedroso (2020) pelo grande número de processos que o Supremo possui. Partindo desta premissa, a seletividade passa a ser classificada em: seletividade positiva, verificável quando os Ministros selecionam as matérias que serão efetivamente julgadas; e seletividade negativa, opção política da Corte encontrada na aplicação de mecanismos autoimpostos que resultam no não julgamento das reclamações *“silenciosamente beneficiando o ente”* (PONTES; GOMES NETO; PEDROSO, 2020) que inobservou o sentido decisório cogentemente estabelecido. A pesquisa aqui implementada, que procurou aferir a efetividade do comportamento abstensivo em demandas de judicialização de medicamentos, de maneira similar, trabalhou com termos como autocontenção “protetora” e autocontenção “violadora”.

Interessante destacar, neste momento, que a reclamação constitucional apresenta-se como a ferramenta jurídica adequada ao controle da preservação da competência e capaz de garantir a autoridade das decisões proferidas pelos tribunais (BRASIL, 2016). Dessa forma, observando-se a maneira como o arranjo institucional se apresenta, subsidiado por instrumentos processuais adequados, é possível afirmar, pelo menos abstratamente, que as determinações autocontidas oriundas do Supremo, quando inobservadas, poderiam e deveriam ser controladas pela via da reclamação, por exemplo, como decorrência direta do princípio da supremacia constitucional, diretriz que atribui traços de inconstitucionalidade à Súmula nº 279, por exemplo.

O estudo trabalhou com o total de 379 reclamações, que tiveram o mérito analisado, escolhidas aleatoriamente no universo de 28.868 reclamações propostas dentro do recorte temporal estabelecido: 05 de outubro de 1988 a 05 de dezembro de 2017. A hipótese que se buscou ver testada consiste em detectar se as reclamações constitucionais relativas às políticas públicas sociais configuram fator de influência no aumento das

chances de efetivo julgamento das reclamações (PONTES; GOMES NETO; PEDROSO, 2020). A partir das diretrizes mencionadas, o resultado obtido foi que os temas relativos a direitos sociais e previdência possuem suas chances de julgamento favorável diminuídas em, aproximadamente, cinco vezes (4,79 vezes, para ser exato) quando comparadas com o assunto *jurisdição e competência*. Diante dos números encontrados, os autores concluem que:

[...] os Ministros componentes da Corte adotam comportamento seletivo, ora escolhendo não julgar (autorrestrição), ora escolhendo quando, ou não, interferir, via revisão judicial, nas políticas públicas objeto daqueles remédios constitucionais. [...]

Esperava-se, através do uso do modelo legalista, sob condições ideais, que os fatores decorrentes do Direito definissem os resultados das decisões no plano das reclamações ou que fatores não-jurídicos não exercessem influência sobre as decisões quando presentes os referidos elementos jurídicos – extraídos do Direito/norma.

A hipótese testada, de que a variação do assunto relacionado às políticas públicas sociais influenciaria na variação (aumento ou diminuição) das chances de julgamento da reclamação foi confirmada: foi possível inferir, a partir de modelo empírico quantitativo, que, diante da presença da variável direitos sociais e previdência, há redução das chances de julgamento favorável pelo STF em detrimento dos assuntos referentes à jurisdição e competência.

Foi possível verificar o caráter seletivo do Supremo no que diz respeito aos assuntos tratados nas reclamações, exercendo a seletividade positiva ao dar preferência ao julgamento daquelas que tratam de assuntos relacionados à jurisdição e competência em detrimento das que se relacionam a direitos sociais e previdência (políticas públicas sociais, v.g., educação, saúde e assistência social) – seletividade negativa. Desse modo, é observado o comportamento autocontido por parte do Supremo Tribunal Federal quando provocado a decidir questões relacionadas a políticas públicas sociais em reclamações constitucionais (PONTES; GOMES NETO; e PEDROSO, 2020).

O cenário revelado pelo estudo, indicando a menor probabilidade de julgamento favorável de reclamações que digam respeito a violações de direitos sociais, torna-se ainda mais agudo quando o direito social em questão refere-se a demandas atreladas à saúde pública. Isto porque, segundo Zebulum (2017) decisões judiciais na saúde configuram um campo propício para a interferência de convicções pessoais dos julgadores. A pesquisa, que teve como objeto de investigação a jurisprudência de quatro tribunais de justiça brasileiros, parte da premissa de que demandas controvertidas que tratam de saúde pública encontram-se mais susceptíveis de receberem do magistrado, no momento de decidir, um tratamento fortemente influenciado por seus princípios morais e convicções pessoais, comportamento decisório que não privilegia a adoção de um modelo legalista, ou o utiliza com fins estritamente justificadores, na medida em que os julgadores acabam por deixar em segundo plano a aplicação de conhecimentos técnicos e jurídicos,

privilegiando aspectos “não-jurídicos”, como a sensibilidade e a empatia, para compreender a dor e o sofrimento alheio (ZEBULUM, 2017).

Com o fim de estabelecer balizas objetivas para a análise da argumentação apresentada pelos julgadores, Zebulum (2017) buscou verificar: a) a utilização de expressões de “baixa densidade jurídica”, como *é razoável, não é proporcional, é justo* etc.; b) a adoção de critérios que expressam sentimentos humanitários de solidariedade, que manifestam a prestação de uma atividade jurisdicional caritativa, desprovidas de substância técnico-jurídica; c) fundamentações pautadas em princípios gerais do direito de forma vaga e imprecisa, incapazes de abordar as peculiaridades do caso concreto; d) a referência a fontes doutrinárias estranhas ao sistema jurídico, da Filosofia, Sociologia, Ciência Política etc.

Partindo dos critérios referidos, além de outros descritores metodológicos devidamente justificados no estudo, a amostra analisada foi de 174 documentos oriundos de quatro tribunais de justiça de diferentes regiões do Brasil, no recorte temporal de 1º de janeiro de 2014 a 31 de dezembro de 2016. Dentro deste universo, verificou-se que 146 decisões foram pelo deferimento do pedido, e apenas 28 indicaram o indeferimento do pedido. O resultado da pesquisa indicou que em todos os tribunais de justiça pesquisados existe uma evidente propensão ao deferimento de demandas que objetivem a dispensação gratuita de medicamentos, mesmo daqueles desprovidos de registro ou autorização da Anvisa. Numa perspectiva global dos números encontrados, a tendência ao deferimento detectada fica em torno de 83,9%. Analisando de maneira individualizada cada um dos tribunais de justiça, a menor probabilidade encontrada foi de 66,6% (TJMG) e a maior foi a verificada no tribunal de justiça do Rio de Janeiro, em que a probabilidade de deferimento ultrapassou os 92%.

Além dos percentuais encontrados, que levaram em conta, tão somente, o descritor “procedente”, ao partir para a investigação do teor dos argumentos utilizados, fazendo uso dos critérios mencionados no parágrafo anterior, Zebulum (2017) confere destaque a achados que confirmam sua hipótese. Fundamentos do tipo: “o fato de a medicação não ter registro na Anvisa é irrelevante, não podendo ser motivo impeditivo para o seu fornecimento”; ou “o dever do Estado de garantir a saúde pública não se limita ao uso de medicamentos devidamente homologados pelo Ministério da Saúde”, foram observados repetidas vezes em diversos julgados (ZEBULUM, 2017, p. 27). Da mesma forma, argumentos de natureza estritamente moral como, por exemplo, “a saúde é direito fundamental para a preservação da vida, cabendo ao Estado promover meios para sua

realização”; bem como o apego a formulações genéricas e a princípios gerais de Direito, como, por exemplo, “as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna”, também foram fartamente encontradas (ZEBULUM, 2017).

Em suas considerações finais, Zebulum (2017) conclui que em determinados temas, como os relacionados ao direito à saúde, os juízes, influenciados por razões exógenas das mais diversas ordens, acabam por não enfrentar a questão de maneira técnica, optando pela utilização de formulações genéricas, princípios gerais, convicções morais e uma elevada carga de sentimento pessoal de justiça. O autor destaca, ainda, que em todos os casos de deferimento de medicamentos sem registro na Anvisa, houve a negação explícita à aplicação de lei em vigor (Lei nº 9.782/1999), além, é claro, da verificação de desrespeito à jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Em um outro estudo, realizado por Gomes Neto e colaboradores (2017), a finalidade era, através da observação simples da orientação dos julgados, bem como da formulação das agendas e do “esquecimento” de litígios específicos ao longo dos últimos vinte anos, demonstrar ser falacioso afirmar a existência de atritos institucionais insuperáveis ou de ausência/problemas de diálogos entre os Poderes, em especial o Executivo. Ao buscarem realizar uma análise empírica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade que se encontram aguardando julgamento pelo Supremo, o objetivo de Gomes Neto e colaboradores (2017) foi buscar compreender as razões reais que explicam esse fenômeno abstensivo judicial. Para tanto, os pesquisadores colheram uma amostra aleatória de 681 casos, no recorte temporal de 1989 a 2016, dentro de um universo de mais de 5.000 ações diretas de inconstitucionalidade, fazendo uso dos modelos legalista e atitudinal de explicação do comportamento judicial.

O primeiro teste aplicado, utilizando o modelo atitudinal, objetivou demonstrar que a demora no julgamento das ações é uma manifestação do comportamento seletivo do STF. As variáveis atitudinais, ou ideológicas, aplicadas foram as seguintes: atuação profissional anterior; região geográfica de origem; e o partido político responsável pela indicação. Apesar da diminuta significância estatística, uma vez que as variáveis ideológicas analisaram o *background* de apenas 33 ministros, Gomes Neto e colaboradores (2017) constataram que: i) os ministros que ocuparam cargo político apresentaram forte tendência a levar processos a julgamento; ii) os ministros oriundos de Tribunal Superior tendem a retardar os julgamentos, bem como os Desembargadores que foram indicados diretamente ao STF; iii) os que eram advogados também apresentaram

comportamento abstensivo, ainda que em menor intensidade quando comparados aos que vieram dos Tribunais Superiores. No tocante à região geográfica, a variável estabelecida não apresentou qualquer resultado estatisticamente relevante.

Ao utilizarem o modelo legalista como parâmetro, os resultados obtidos foram estatisticamente mais significantes e objetivamente mais confiáveis, pela própria natureza do modelo comportamental aplicado como referência. Neste segundo teste o objetivo era descobrir a natureza dos litígios esquecidos. De acordo com os resultados obtidos constatou-se que temas relativos à tributação e previdência social apresentam uma maior probabilidade de serem pautados. Ações alusivas à lesão de direitos fundamentais apresentaram uma tendência aproximadamente 100% maior de não serem pautadas antes de matérias tributárias ou de interesses corporativos (GOMES NETO et al., 2017, p. 83). Acerca especificamente deste comportamento absentéista, destaca-se o seguinte trecho:

Trata-se de um comportamento que se apresenta contraditório em relação ao desenho constitucional brasileiro, cujas disposições determinam o dever de apreciação jurisdicional de todas as questões submetidas ao Judiciário (*non liquet*), sendo a recusa formal ou informal ao exercício de poder que lhe foi delegado pela Constituição um fenômeno que ainda demanda respostas substantivas. A investigação deste fenômeno institucional, que ocorre ao arrepio do que se espera tradicionalmente de uma Corte Constitucional, oferece um *locus* interessante e inovador para o conhecimento do comportamento judicial, especialmente quanto à opção expressa ou tácita pelo não exercício da atividade judicial, isto é, pela autorrestrrição (GOMES NETO et al., 2017, p. 77).

Todas as pesquisas mencionadas, quando percebidas conjuntamente, apontam para o uso mais intenso da autocontenção quando se está diante de temas referentes aos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Tal comportamento é detectável em todas as instâncias do Judiciário, e em qualquer modalidade de controle de constitucionalidade, tendo em vista que se observou que os juízes costumam ser voluntaristas ao decidir sobre o direito à saúde; o Supremo não costuma sequer conhecer de reclamações ou recursos extraordinário sobre a matéria, utilizando como justificativa a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas; e, mesmo em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade, esses litígios apresentam maior chance de serem “esquecidos”.

Os desdobramentos e repercussões políticas decorrentes da atividade jurisdicional envolvendo a materialização de direitos sociais dependentes da criação e execução de políticas públicas já são estudados pela doutrina jurídica há bastante tempo. A título de exemplo, Robert Dahl, ainda na década de 1950, realizou importante estudo

acerca do papel efetivamente político da Suprema Corte Americana, ao mesmo tempo em que destacava a relevância democrática de sua função contramajoritária ao afirmar que a defesa de minorias poderia configurar um importante desafio a ser considerado (DAHL, 1957). Para Robert Dahl as cortes, no processo de tomada de suas decisões, sempre atribuem elevada carga valorativa a sua credibilidade, enquanto instituição, bem como ao efetivo cumprimento de suas decisões, razões que justificam o caráter, muitas vezes, estratégico conferido ao modelo justificador de tomada de decisões costumeiramente utilizado em questões com elevado potencial de contrariar interesses politicamente majoritários.

Perceber a existência de modelos que são capazes de orientar e, em certa medida, prever como determinados julgadores se posicionarão em temas específicos é um ponto de destacada relevância quando se busca por à prova a adoção de técnicas (ou posturas) decisórias. Além de perceber suas existências, compreender, ainda que minimamente, como os modelos decisórios operam na prática também se mostra de grande valia para o enfrentamento do estudo ora proposto. Os pesquisadores brasileiros que se dedicam ao estudo e pesquisa da Teoria da Decisão Judicial demonstram, gradativamente, a importância fundamental de perceber o fenômeno não só por sua face jurídica. Como afirma Nojiri (2019), olhar dilemas morais e jurídicos pelas lentes da psicologia comportamental e da neurociência, é adequado e necessário para entender que a resolução de tais dilemas perpassa, inexoravelmente, pela compreensão das bases neurais dos seres humanos.

Mello (2018) buscando examinar como as cortes decidem na “vida real”, identifica a prevalência de comportamentos estratégicos, considerando, para tanto, os fatores jurídicos e extrajurídicos que interferem no processo decisório, identificando três modelos principais para a compreensão adequada do comportamento judicial: o modelo legalista; o modelo ideológico; e o modelo estratégico.

No modelo legalista o principal fator de orientação das justificativas decisórias construídas é pautado em textos normativos, nos precedentes, ou na dogmática jurídica, fontes que Mello (2018) denomina de material jurídico ortodoxo. O comportamento judicial enquadrável no modelo legalista corresponde ao que os juristas norte-americanos denominam de *formalismo* no sentido que as decisões tomadas pelos juízes devem ser determinadas exclusivamente pelo direito e que os membros do Poder Judiciários não estão autorizados a agir como atores políticos livres para impor os valores que entendam como corretos ou preponderantes (NOVELINO, 2020, p. 40).

O modelo ideológico, também chamado de atitudinal (em uma tradução mais literal do termo em inglês *attitudinal model*), por sua vez, procura demonstrar que a ideologia, aqui compreendida como todo o *background* (GROSSMAN, 1966) modelador da personalidade e das ideias do juiz, é que, de fato, deve ser considerado como fator preponderante no processo de tomada de decisões, e não o material jurídico ortodoxo, como menciona Mello (2018). Este modelo explicativo do comportamento judicial durante o processo de tomada de decisões encontra suas raízes teóricas no Realismo Jurídico, ao prescrever que a ideologia influencia fortemente o comportamento dos julgadores, configurando as suas “atitudes” excelentes indicadores do sentido que trilharão em casos futuros (NOVELINO, 2020, p. 48).

Já o modelo estratégico, por fim, percebe o fenômeno decisório de maneira mais sofisticada e complexa, considerando diversas influências exógenas como relevantes, tais como: a opinião pública; o momento histórico; as preferências pessoais do julgador; as preferências dos demais membros do colegiado; a maneira como os membros de outros Poderes e órgãos responderão ao que fora decidido etc. (MELLO, 2018). O modelo estratégico pressupõe que os juízes devem ser percebidos como indivíduos complexos, influenciados e influenciáveis em múltiplas perspectivas, não sendo sustentável a afirmação de que fazem escolhas com fundamento exclusivo em suas preferências políticas pessoais (NOVELINO, 2020). A visão holística proposta pelo modelo estratégico confere destaque a três aspectos essenciais: as preferências dos demais *players* relevantes; as possíveis escolhas que os outros atores podem tomar; e o contexto institucional em que atuam (NOVELINO, 2020).

Ao concluir seu estudo, Mello (2018) destaca que, na realidade brasileira, o modelo ideológico apresenta resultados empiricamente não comprováveis, de baixa relevância, razão pela qual justifica a sua utilização mais restrita. Quanto ao modelo legalista, afirma que o comportamento decisório pautado estritamente no material jurídico ortodoxo possui o seu valor, sendo usualmente verificado nas ocasiões em que a corte opera em temas de menor comoção, corrigindo erros e reiterando sua própria jurisprudência. Esse aspecto do modelo legalista foi, inclusive, detectado pela pesquisa jurisprudencial aqui implementada, no âmbito do STF, na ocasião em que se analisou a realidade jurisprudencial da autocontenção no âmbito da judicialização de medicamentos. Nela foi possível verificar que, de fato, existe uma tendência majoritária de observância às restrições trazidas pelo RE nº 657.718. Entretanto, mesmo em situações plenamente enquadráveis nas teses fixadas nos recursos extraordinários com repercussão geral

admitida, a seletividade se fez presente, dando indícios da falibilidade do modelo legalista.

É perceptível que os modelos decisórios podem coexistir seja quando analisada a jurisprudência da corte, ou numa mesma sentença com múltiplas teses e pedidos. Em situações específicas o aparato normativo e dogmático que normalmente subsidia o modelo legalista, pode ser utilizado para conferir ao modelo ideológico ou estratégico uma aparência de neutralidade e de racionalidade decisória. Acerca deste ponto, interessante destacar a análise do voto do Ministro Menezes Direito feita por Mello (2018) no caso em que se apreciava a constitucionalidade das pesquisas científicas com células tronco embrionárias:

O Ministro Direito era um ministro sabidamente muito católico. Entretanto, tinha plena compreensão da importância de proferir, na hipótese, uma decisão que não impusesse a visão de mundo de um determinado grupo religioso e reconheceu isso em seu voto. A despeito disso, a fundamentação da sua decisão aludia a sumas papais, a reflexões teológicas e filosóficas e ponderava que o direito à vida tinha relações com valores que “não se esgotam em um só segmento do conhedimento humano”, o que importaria, a seu ver, uma abordagem interdisciplinar sobre o tema. Ao final, o Ministro Direito concluiu que as pesquisas com células tronco seriam constitucionais *apenas se fossem realizadas sem a destruição do embrião*. Caso contrário, violariam o direito à vida. A argumentação, tal como desenvolvida no voto, demonstrava a dificuldade de um juiz decidir casos difíceis sem qualquer influência da sua compreensão de mundo, ainda que procurasse ser neutro (MELLO, 2018, p. 698-699).

Um dos achados da pesquisa empírica aqui realizada indica a existência de um alto grau de seletividade ou voluntarismo na aplicação das regras de autocontenção estabelecidas pelo próprio Supremo. O modelo estratégico aparenta ser capaz de auxiliar na compreensão desta seletividade de critérios. Pautando-se na Teoria das Escolhas Racionais e na Teoria dos Jogos, o agir/decidir estratégico do Poder Judiciário, especialmente do STF, não deve ser ignorado.

É nítida, ainda, a seletividade na aplicação dos mecanismos de redução de competência desenvolvidos pelo próprio Supremo. Explicitando este julgar estratégico, Pontes, Gomes Neto e Pedroso (2020) fazem menção à utilização de uma espécie de “juízo de oportunidade” que manifesta o STF para apreciar, ou deixar de apreciar, a inconstitucionalidade de leis, fazendo uso de interpretações sutis do preenchimento das hipóteses de cabimento. Um dos casos paradigmáticos que bem exemplifica a situação apontada refere-se à possibilidade de leis de efeitos concretos serem objeto de controle

abstrato de constitucionalidade por meio da propositura de ação direta de inconstitucionalidade (ADI).

Até o início do milênio a impossibilidade de lei com efeito concreto ter sua constitucionalidade abstratamente questionada era o entendimento predominante na Corte (BRASIL, 2001). A justificativa era no sentido de apontar que, em verdade, apesar do nome, de lei não se tratava, mas sim de ato administrativo, faltando-lhe os atributos da generalidade e abstração (BRASIL, 1995). Todavia, no ano de 2008, ao julgar a ADI nº 4.048-1 (BRASIL, 2008), o Supremo entendeu que o legislador constituinte, ao estabelecer que o controle abstrato de constitucionalidade pode incidir sobre a lei e o ato normativo, estabeleceu uma distinção de densidade, que a lei, seja ela qual for, não precisa de densidade normativa para ser exposta ao controle abstrato de constitucionalidade. E que a natureza genérica e abstrata apenas deve ser exigida dos atos normativos (BRASIL, 2008).

As cortes estão plenamente autorizadas a mudar os seus entendimentos, por mais consolidados que sejam. A situação que se constata atualmente, todavia, não é de ocorrência efetiva de superação do entendimento pela impossibilidade de controle abstrato de leis de efeitos concretos. O que se verifica hoje é a completa ausência de parâmetros para a utilização de uma ou de outra orientação decisória, conforme se pode observar dos seguintes julgados: i) admitindo o controle abstrato de leis de efeitos concretos: RE nº 1255096, julgado em 31/03/2020, RE nº 1168462 AgR, julgado em 02/12/2019, e a ADI nº 4048 MC, julgado em 14/05/2008; ii) inadmitindo o controle abstrato de leis de efeitos concretos: ARE nº 1240047, julgado em 19/03/2020, ADI nº 6253/GO, julgada em 25/05/2020, e o RE nº 1200357, julgado em 20/05/2019.

O casuísmo e a seletividade na escolha e aplicação de mecanismos de redução de competências do Supremo, tais como súmulas, requisitos de admissibilidade jurisprudencialmente estabelecidos, acabam por materializar uma feição nebulosa da autocontenção, na medida em que, seja na confecção de suas pautas (agendas), seja na admissão de recursos ou reclamações, se constata a utilização de um juízo estratégico de oportunidade e de interpretações sutis do preenchimento das hipóteses de cabimento. Com efeito, Irons (1989) aparenta ter razão ao afirmar que qualquer tipo de discurso ou postura decisória dentro da *judicial review*, seja professando o ativismo judicial ou a *judicial restraint*, configura, na verdade, uma decisão política, no sentido mais amplo do termo. Peter Irons (1989) acrescenta, nesta exata linha argumentativa, que a abordagem de qualquer tema “político” implementada pela revisão judicial é ativista; mesmo

naquelas em que se aconselha cautela, prudência, ou deferência ao julgar a constitucionalidade de um ato legislativo, o que está em jogo, ao fim e ao cabo, é uma agenda, que, nos casos de autocontenção, encontram-se “escondidas atrás de uma cortina de fumaça” argumentativa.

A autocontenção judicial aparenta, portanto, configurar uma resposta heurística para o problema resultante do excesso de jurisdição. No campo da Psicologia a autocontenção é estudada sob o signo do autocontrole. Rachlin (1970), por exemplo, esclarece que o autocontrole é, na verdade, uma designação incorreta para qualquer tipo de mudança supostamente autoinduzida. Isto porque, embora padrões de comportamento possam nascer de dentro de cada indivíduo, de forma inata, sejam quais forem as causas que fizeram esses padrões aparecerem em um dado momento, eles devem surgir das interações com o ambiente naquele momento específico. Dessa forma, autocontrole se refere a certas formas de controle ambiental de comportamento.

A heurística, enquanto objeto de análise da psicologia comportamental cognitiva (COSTA, 2016) é entendida como espécie de procedimento de simplificação mental, tratando-se de juízo intuitivo, não fundamentado, baseado em conhecimento parcial, experiência ou suposição, que pode até estar correto, assim como errado, sem que se perceba uma segurança lógica absoluta.

Neste prisma, parece nítida a capacidade de a autocontenção conseguir solucionar alguns dos problemas do constitucionalismo atual ora apresentados, mas ela aparenta encontrar-se completamente situada na quadra do subjetivismo decisório, e pode, ela mesma, configurar a adoção de uma postura política e ativista do Poder Judiciário, conforme alerta Bickel (1986) ao afirmar que a decisão de esperar, ou de não decidir, é realizada por uma ponderação que se encontra fora da análise de constitucionalidade; que envolve a percepção do momento oportuno e maduro para a mudança de rota do projeto constitucional; e que o desafio é saber como lidar com essa técnica, pois pode chegar a impedir o debate, o controle e a crítica, permanecendo no que ele chama de “escolhas subterrâneas” (BICKEL, 1986).

Diante de tais suspeitas, uma análise transdisciplinar do tema mostra-se indispensável para corroborar, satisfatoriamente, o equívoco do manejo da autocontenção como espécie de antídoto ao ativismo judicial, por não ser ela capaz de conferir maior racionalidade argumentativa à prática decisória ou mesmo de limitar o espaço de discricionariedade do exercício da Jurisdição Constitucional.

## CONCLUSÃO

Os dados coletados refutaram a hipótese inicialmente formulada. Um dos objetivos da dissertação consistia em por à prova, empiricamente, a capacidade de a autocontenção judicial ser utilizada, dentro de uma teoria da decisão judicial, como técnica de julgamento objetivamente exigível, reforçando a necessidade de racionalidade decisória, entendida como transparência argumentativa pautada em critérios pertencentes ao campo da razão jurídica (HAIDT, 2013), limitando, assim os excessos de Jurisdição Constitucional.

Para fins de melhor operacionalizar a aplicação do método científico de abordagem da questão, um recorte do tema se fez indispensável. A escolha da jurisdição da saúde, com enfoque específico na questão dos medicamentos, decorreu da quantidade de ações propostas perante o STF que, há mais de vinte anos, trazem à tona a questão dos limites e contornos constitucionais do direito à saúde, sendo, portanto, dentre os direitos sociais, o que apresenta o debate mais desenvolvido.

A primeira e a terceira parte do segundo capítulo tiveram a função de estabelecer o conceito de autocontenção adotado na pesquisa. Tal postura foi fundamental para direcionar a análise da jurisprudência e os termos de busca. No capítulo subsequente, após uma breve abordagem da STA nº 175 e do RE nº 657.718, passou-se à apresentação e análise de julgados, objetivando sempre identificar a observância aos critérios estabelecidos, seja pelo próprio Supremo, seja pelos demais tribunais, bem como se buscou realizar uma espécie de teste de coerência.

Os julgados investigados serviram para confrontar e por em xeque a tese da autocontenção enquanto limite do ativismo. Percebeu-se que, além de dar margem a aberturas interpretativas, a própria postura autocontida do Supremo pode colaborar para a expansão do ativismo judicial praticado nos outros tribunais brasileiros.

O presente estudo aponta para o uso mais intenso da autocontenção quando se está diante de temas referentes aos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Tal comportamento é detectável em todas as instâncias do Judiciário, e em qualquer modalidade de controle de constitucionalidade, tendo em vista que se observou que os juízes costumam ser voluntaristas ao decidir sobre o direito à saúde; o Supremo não costuma sequer conhecer de reclamações ou recursos extraordinários sobre a matéria, utilizando como justificativa a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas; e,

mesmo em se tratando de controle abstrato de constitucionalidade, esses litígios apresentam maior chance de serem “esquecidos”.

Além de não ser verificada a sua eficácia no plano empírico, do ponto de vista teórico, eleger a autocontenção como resposta ao ativismo não aparenta ser uma atitude coerente. Os mesmos problemas que são atribuíveis a uma postura ativista, também podem estar presentes em decisões autocontidas. O voluntarismo judicial e o grau de discricionariedade decisória estão presentes em ambos os comportamentos.

A autocontenção até pode ser capaz de resolver, pontualmente, um problema, mas ela se encontra completamente situada na quadra do subjetivismo e do consequencialismo decisório e pode, ela mesma, configurar a adoção de uma postura política do Poder Judiciário, conforme alerta Bickel (1986) ao afirmar que a decisão de esperar, ou de não decidir, é realizada por uma ponderação que se encontra fora da análise de constitucionalidade; que envolve a percepção do momento oportuno e maduro para a mudança de rota do projeto constitucional; e que o desafio é saber como lidar com essa técnica, pois pode chegar a impedir o debate, o controle e a crítica, permanecendo no que ele chama de “escolhas subterrâneas”. Cabe ainda destacar que posturas autocontidas podem ser ativistas, conforme se demonstrou na maneira como o STF costuma interpretar e aplicar o enunciado nº 279 de sua súmula.

Conforme apresentado e criticado por Quintas (2015), existe uma justificativa quase que sentimental, ou não jurídica, que também subsidia a intromissão exacerbada e corriqueira do Judiciário nas políticas públicas. Seria a ideia de que a intervenção judicial na área da saúde proporciona a correção da política pública para a defesa de minorias marginalizadas. Assim, estaria o juiz supostamente garantindo o direito à saúde de forma qualitativamente melhor, mais justa, do que os demais órgãos do Estado.

E é exatamente em cenários como o da judicialização da saúde que o juiz se vê imbuído em um dever de fazer justiça, banalizando o ideal de bondade, materializando uma justiça caritativa. O processo de tomada de decisões, de todas elas, inclusive das judiciais, ocorre em um ou noutro sentido por razões muito complexas e diversas. É exatamente por este motivo que se afirma que a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*) não deve ser tida como solução válida dentro de uma teoria decisória séria e transdisciplinar.

Em seu lugar se propõe a adoção de uma perspectiva macro de gerenciamento do problema. A expressão “autocontenção” remete a ideia de individualismo e de voluntariedade. A criação de estruturas de contenção, e não de autocontenção, aparentam

surtir melhores resultados, como é possível observar nos estudos que investigam o impacto que a criação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário tiveram sobre a judicialização da saúde (CNJ, 2020), além das diversas Recomendações expedidas pelo CNJ e do oferecimento de fóruns e jornadas sobre o direito à saúde.

Diante da constatação da falibilidade da autocontenção para combater os sintomas do ativismo, a conclusão possível é a sustentada por Unger (2004), ao questionar como os juízes devem julgar, e refletir acerca das estruturas de poder, democracia, minorias identitárias e direitos fundamentais. De acordo com o autor, por maiores que sejam as críticas direcionadas ao ativismo judicial, ainda assim é *“melhor um agente pouco apropriado, contudo, do que absolutamente nenhum. Os juízes podem ser muitas vezes os melhores agentes disponíveis. Pelo menos, eles podem ser os únicos agentes dispostos”* (UNGER, 2004, p. 147).

Apesar de responder que a autocontenção judicial não é capaz ou suficiente para solucionar os problemas advindos do exercício ativista da jurisdição, por ser portadora dos mesmos defeitos, inclusive a sua matriz teórica, a pesquisa implementada trouxe a reboque uma série de outros questionamentos. Descobrir como os juízes julgam não aparenta ser mais uma das perguntas corretas ou bastantes para entender o fenômeno, mas sim *“por que os juízes julgam como julgam”*.

Ressalto, por fim, que as conclusões aqui apresentadas mostram-se compatíveis com os demais direitos fundamentais de natureza social, tanto no tocante ao equívoco da exigência de uma postura autocontida como resposta ao ativismo, quanto da possibilidade de construção de uma arquitetura decisória voltada ao desenvolvimento de contenções alicerçadas em eixos transdisciplinares.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABBOUD, Georges. Democracia e forbearance: reflexões acerca das regras implícitas no jogo democrático. *Revista de Processo*, v. 299/2020, p. 19-42, 2020.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*, v. 1008, 2019.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Do devido processo legislativo formal: a omissão ativista do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.425/DF. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). *Ativismo em decisões judiciais*. Brasília: IDP, 2014. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. Acesso: 15/10/2020.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BACHUR, João Paulo. O controle jurídico de políticas públicas. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 97, p. 647-682, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, n. 13, p.71-91, 2009b.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; DEL NERO, Patrícia Aurélia (Org.). *Neoconstitucionalismo em perspectiva*. Viçosa: UFV, 2014.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Countermajoritarian, representative, and enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, 2017.

BAUERMANN, Desirê. Structural injunctions no direito norte-americano. In: JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Org.). *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Voluntarismo judicial: quais são as regras do jogo? *Revista Consultor Jurídico*, 2019.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. Indiana: Bobbs-Merrill, 1986.

BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde*. Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, 2016, p. 173-192.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Conflitos entre Direitos Fundamentais e Juízo de Ponderação*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLETT, André et al (Org.). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, pp. 387-402.

BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Brasília: Presidente da República, 1942. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em 01/10/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 279*. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false> . Acesso em: 19 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidente da República, 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso: 22/09/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *ADI 1372 MC*. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à fiscalização concentrada de constitucionalidade. A ausência do necessário coeficiente de generalidade abstrata impede, desse modo, a instauração do processo objetivo de controle normativo abstrato. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 14/12/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584750> . Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *RE 271286 AgR*. Paciente com hiv/aids - pessoa destituída de recursos financeiros - direito à vida e à saúde - fornecimento gratuito de medicamentos - dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, caput, e 196) - O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 12/09/2000. Publicação: 24/11/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538> . Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *ADI 2484 MC*. Lei com efeito concreto. Lei de diretrizes orçamentárias: Lei 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes

orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 19/12/2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375403> . Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *ADI 4048 MC*. Controle abstrato de constitucionalidade de normas orçamentárias. Revisão de jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 14/05/2008. Publicação: 22/08/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881> . Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil de 2015*. Brasília: Presidente da República, 2015. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *ADI 4332*. Lei 1.788/2007 do estado de Rondônia. Redução do valor previsto no art. 87 do ADCT para o pagamento dos débitos da fazenda pública por meio de requisição de pequeno valor. Exercício do poder de conformação do legislador reconhecido no julgamento da ADI 2.868/PI. Cabe a cada ente federado fixar o valor máximo para essa especial modalidade de pagamento dos débitos da Fazenda Pública em consonância com a sua capacidade financeira, como se infere do § 5º do artigo 100 da Constituição (redação anterior à EC 62/2009). Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 07/02/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14770931> . Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. (2. Seção). *REsp 1712163*. São Paulo. Plano de saúde. Controvérsia acerca da obrigatoriedade de fornecimento de medicamento não registrado pela Anvisa. As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Rel. Min. Moura Ribeiro. Julgamento: 08/11/2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201701829167&dt\\_publicacao=26/11/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701829167&dt_publicacao=26/11/2018) . Acesso em: 22 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>. Acesso: 16 Out. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Uso off label: erro ou necessidade?*. Rev. Saúde Pública, São Paulo , v. 46, n. 2, p. 395-397. 2012. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S003489102012000200026&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102012000200026&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16/08/2020.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*: Rename 2020. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *STA 175/ CEARÁ*. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010. Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026> Acesso em: 17 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (Decisão monocrática). *AC 4327 AgR-terceiro / DF - DISTRITO FEDERAL*. República – Poderes – Separação – Independência – Senado Federal. Senador – mandato – exercício – afastamento – reconsideração – urgência – implemento. Decisão proferida pelo Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30/06/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312129647&ext=.pdf> Acesso em: 20 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *RE 657718 / MG - MINAS GERAIS*. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator(a) do acórdão: Min. Roberto Barroso. Julgamento: 22/05/2019 Publicação: 09/11/2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 07 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). *AgRg - RE 1.083.955*. Direito econômico e administrativo. Prática lesiva tendente a eliminar potencialidade concorrencial de novo varejista. Análise do mérito do ato administrativo. Impossibilidade. Incursão no conjunto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. Agravo Interno desprovido. Rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.05.2019, DJe 06.06.2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=1083955&classe=RE-AgR>. Acesso em: 19 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. (Decisão monocrática). *STP 447*. Suspensão de tutela provisória. Fornecimento de medicamento de alto custo. Condenação solidária do estado e do município. Suposta ofensa ao que decidido no re 855.178 – tema 793 da

repercussão geral. Alegação de risco à ordem econômica. incorrência. relativa modicidade do valor da prestação de saúde em comparação ao orçamento do município autor. estreito âmbito de cognição dos incidentes de contracautela. pedido julgado improcedente. Decisão proferida pelo Min. Luiz Fux. Julgamento: 30/09/2020  
Publicação: 02/10/2020. Disponível em:  
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344572445&ext=.pdf> . Acesso em: 20 set. 2020.

CALLISTER JÚNIOR, William; RETHWISCH, David. *Ciência e Engenharia de Materiais: Uma Introdução*. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

CANON, Bradley. Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, v. 66, n. 6, 1983.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade. *Revista de Informação Legislativa*. v. 51, n. 202, Brasília, 2014.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. *O Supremo contra a Constituição*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. 2016. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DAHL, Robert A. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*. London, v. 6, 1957.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALLON, Richard. *Law and legitimacy in the Supreme Court*. Massachusetts: Harvard University Press, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em:  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000300208&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300208&lng=en&nrm=iso). Acesso em 09/09/2020.

- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. *Universitas Jus*, n. 21, 2010.
- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- GOMES NETO, Mario Wanderley; FEITOSA, Raymundo Juliano do Rego; SANTOS FILHO, Moacir Ferreira dos; PACÍFICO, Natália Maria Grassano Caldas. Litígios esquecidos: análise empírica dos processos de controle concentrado de constitucionalidade aguardando julgamento. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 2, p. 75-86, 2017.
- GROSSMAN, Joel B. Social backgrounds and judicial decision-making. *Harrard Lam Reiem*, Cambridge, v. 79, p. 1551, 1966
- HAIDT, Jonathan. Moral Psychology and the Law: how intuitions drive reasoning, judgment, and the search for evidence. *Alabama Law Review*, v. 64, 2013.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- IRONS, Peter. *Making Law: The Case for Judicial Activism*. Valparaiso University Law. v. 24, n.1, 1989.
- KMIEC. Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. *Calif. L. Ver*, n. 1441, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>. Acesso em 14/09/20.
- LANDAU, David. *Derechos sociales y limites a la reforma constitucional: La influencia de la jurisprudência de la corte constitucional Colombiana em el derecho comparado*. Traduzido por Maria José Viana Chaves. Espanha: Universidad Externado, 2015.
- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Editora Zahar, 2018.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 221-247, 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S235956392018000100221&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392018000100221&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 08/10/2020.
- LOUREIRO, Maria Rita. As origens e consequências da judicialização da política. *Rev. bras. Ci. Soc.*, v. 29, n. 84, 2014.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Torres Nafarrate. Cidade do Mexico: Universidad Iberoamericana. 2002.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Ascensão, fastígio e declínio da ‘Revolução Juciária’. *Insight inteligência*, v. 79, p. 158-180, 2017.

MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Series, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas/GEN, 2017.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. *Novos Estudos*, n. 58, 2000.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Life How It Is: Strategic Behavior in the Courts. *Brazilian Journal of Public Policy*, v. 8, n. 2, 2018.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 8, p. 90-108, 2000.

\_\_\_\_\_, Gilmar Ferreira. *As Cortes Constitucionais e sua condição de policy-maker: análise jurisprudencial da atuação do Supremo Tribunal Federal*. 2011.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEUBORNE, Burt. Formalism, Functionalism, and the Separation of Powers. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 22, n. 1, p. 45-52, 1998.

NOJIRI, Sérgio. *O direito e suas interfaces com a psicologia e com a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019.

NOVELINO, Marcelo. *A influência de fatores extrajudiciais nas decisões do STF*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

PERRY, Michael. Judicial Activism. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 7, 1984.

PONTES, Juliana de Brito Giovanetti; GOMES NETO, Jose Mario Wanderley; e PEDROSO, Vanessa Aleksandra de Melo. Políticas públicas sociais e revisão judicial:

análise empírica do comportamento autocontido do STF nas reclamações constitucionais. *Argumenta Journal Law*, n. 32, 2020.

POSNER, Richard Allen. *The meaning of judicial self-restraint*. Maurer School of Law: Indiana University, 1983.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional. *Doxa*, n. 21, v. II, 1998.

QUINTAS, Fábio Lima. Juízes-administradores. A intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais. *Revista de informação legislativa*, Brasília, 2015.

RACHLIN, Howard. *Modern Behaviorism*. Ed. Freeman. 1970.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social e Ensaio sobre a origem das línguas*. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre o Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trota, 2003.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira; FONSECA, Gabriel Campos Soares da Intervenção judicial e políticas regulatórias: por urna análise institucional. In: FONSECA, Reynaldo Soares da; COSTA, Daniel Castro Gomes da (Coord.). *Direito regulatória: desafios e perspectivas para a Adrrúnistração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHULZE, Clenio Jair. *Novos parâmetros para a judicialização da saúde: critérios para a teoria da decisão judicial*. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 06, n. 02, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Homescholling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. *Revista Consultor Jurídico*, 2018.

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. 1 ed. Harvard University Press, 2001, p. 5

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Chicago, 2002. Acesso em: 04/08/20.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 7, n.3, 1893.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: na institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIANA, Ulisses Schwarz. O confronto da jurisdição constitucional com seus limites autopoiéticos: o problema do ativismo judicial alopoiético na teoria dos sistemas. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, 2018.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. São Paulo: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

ZEBULUM, José Carlos. Decisões judiciais na saúde, um campo propício para a interferência de convicções pessoais de cada juiz: análise da jurisprudência de quatro tribunais de justiça. *Revista de Direito Sanitário*, v. 19, n. 3, São Paulo, 2017.