

1 INTRODUÇÃO

Em meados do século XX, momento histórico em que o mundo clamava por novas concepções jurídicas em virtude das arbitrariedades decorrentes da Segunda Guerra Mundial, rompeu-se com o legalismo extremado promovido pelo positivismo dos Estados Liberais. Surgiu, então, o movimento do Neoconstitucionalismo, com base no qual o Estado das liberdades cedeu espaço ao Estado do Bem Estar Social.

O Neoconstitucionalismo alicerça-se em importantes tópicos do pensamento jurídico contemporâneo, como a força normativa da constituição, a teoria dos princípios, a transformação da hermenêutica jurídica e a consagração dos direitos fundamentais. A partir desse novo modelo, o sistema jurídico brasileiro evoluiu e o novo Código de Processo Civil (CPC) foi um dos reflexos dessa evolução, consentâneo com os ideais neoconstitucionais e pós-positivistas.

O diploma de 2015 trouxe novidades que revolucionaram o sistema de prestação jurisdicional no país, o que resulta do grande objetivo atual do direito processual civil brasileiro: a concretização das normas fundamentais do processo, a fim de obter desfecho justo e efetivo para os conflitos que são apresentados ao Estado-juiz.

Dentre as mais relevantes inovações trazidas pela lei, encontra-se a obrigatoriedade do respeito dos precedentes e este artigo tem o escopo de analisar o tema da judicialização do direito à saúde no Brasil, tanto sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo, quanto com relação ao novo sistema brasileiro de precedentes vinculantes.

Para tanto, serão analisadas as balizas normativas que delimitam a matéria e a construção doutrinária acerca do tema proposto, que será apresentada durante todo o trabalho, tendo em vista a amplitude conceitual e a importância prática dos assuntos trazidos em cada tópico.

A exposição do tema é pautada pelo raciocínio dedutivo, partindo de aspectos gerais sobre o tema – mais especificamente, sobre Neoconstitucionalismo e sobre o novo sistema de precedentes vinculantes –, seguido da análise sobre a judicialização dos direitos sociais, os problemas para a sua efetivação e a forma como o novo sistema de precedentes vinculantes pode ajudar a solucioná-los. Para tanto, serão desenvolvidos três capítulos e uma conclusão.

De início, abordar-se-á a fase de constitucionalização do Direito, que inseriu o Estado do Bem Estar Social e que, aplicada ao Direito Processual, recebe o nome de Neoprocessualismo.

Em seguida, a apreciação recairá sobre a força vinculante dos precedentes judiciais no Brasil, com base na atual normatização que aproxima o sistema jurídico nacional – de tradição de *civil law* – dos sistemas anglo-americanos de tradição de *common law*. Por ser a obrigatoriedade dos precedentes um dos temas mais relevantes dentre as inovações do CPC brasileiro de 2015, é imprescindível a sua análise de forma atenta e pormenorizada.

A terceira e última parte do trabalho consiste em examinar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil – reflexo do modelo neoconstitucional de proteção dos direitos fundamentais –, assim como os graves problemas que ela acarreta. Por fim, apresenta-se o novo sistema de precedentes vinculantes como uma das formas de solucionar esses problemas.

O principal objetivo deste trabalho é demonstrar o grande valor do novo modelo de precedentes vinculantes para o alcance dos direitos fundamentais e para a obtenção de resultados justos e efetivos nas contendas judiciais, especialmente naquelas relacionadas ao direito à saúde – por sua relevância social, pelo número de processos em andamento e por não haver, ainda que com tantas demandas, nenhum sinal de progresso no sistema de saúde pública do Brasil.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL

2.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

A ruptura revolucionária que ocorreu na Europa, no final do século XVIII, resultante da substituição do absolutismo do Antigo Regime pelo positivismo filosófico e jurídico, criou novo paradigma baseado na supremacia da lei – claramente identificado na Escola da Exegese, que elegeu o Código de Napoleão (1804) como a única fonte de Direito Civil.

A mais importante das características do positivismo jurídico é a total identificação do direito com a lei. As normas positivadas deveriam abarcar qualquer situação concreta, a fim de estabelecer a segurança jurídica do ordenamento e a exclusividade do Poder Legislativo como criador do direito. Lacunas não eram admitidas, assim como princípios sequer eram classificados como normas. A lei era absoluta.

Além da plena submissão à lei, destaca-se a existência do formalismo jurídico, isto é, da verificação de validade da norma apenas com base no procedimento de elaboração, sem

conferir relevância ao seu conteúdo. Se o processo legislativo fosse devidamente observado, a lei era válida e legítima. Esclarece Eduardo Cambi:

A separação rígida entre o direito e a moral, ou entre a validade e a justiça, não permitia a submissão da lei a vínculos substanciais, impostos por princípios ou por direitos fundamentais expressos na Constituição. [...] Prevalencia a superioridade do legislador frente aos juízes. A visão do princípio da separação dos poderes era simplificada pela *onipotência* (soberania) *do legislador* frente ao *servilismo dos juízes*. O raciocínio judicial se limitava à constatação das condições para a imposição da regra jurídica. A sentença era resultado de mero silogismo judiciário, reduzindo o Direito a um *cálculo matemático*. (CAMBI, 2011, p. 84). [grifo do autor]

O silogismo aplicado na concretização de leis gerais e abstratas pressupunha a existência de uma sociedade simples, formada por pessoas iguais, destinatárias da incidência irrefletida de comandos rígidos.

A sede por democracia, originada a partir das arbitrariedades decorrentes da Segunda Guerra Mundial – abusos, em regra, legitimados pela obediência a leis formalmente válidas –, fez nascer a preocupação com o conteúdo material da norma jurídica e com a igualdade substancial entre os indivíduos.

Foi então que surgiu o movimento do Neoconstitucionalismo. O Estado Liberal, não intervencionista, que buscava garantir a liberdade social através da sua ausência, deu espaço ao Estado do Bem Estar Social, preocupado em garantir os direitos fundamentais de seus membros.

O modelo utópico de uma sociedade homogênea também não resistiu à invasão dos ideais neoconstitucionais. As individualidades emergiram e se manifestaram, inclusive, a partir do surgimento de grupos de pressão, que representavam diferentes camadas sociais em busca de igualdade substancial.

Assim como o nascimento do Estado Liberal afastou de forma revolucionária o absolutismo do Antigo Regime, o Neoconstitucionalismo (legalidade substancial) rompeu radicalmente com o paradigma do positivismo jurídico dominante (legalidade formal).

Constituições posteriores à Segunda Grande Guerra – a exemplo da Constituição alemã de 1949, da italiana de 1947, da portuguesa de 1976, da espanhola de 1978 e da brasileira de 1988 – instalaram nos ordenamentos jurídicos de seus países a noção de Estado Democrático de Direito.

Dentre as características mais relevantes do Neoconstitucionalismo, encontram-se a elevação dos princípios ao patamar de norma jurídica de natureza vinculante e a positivação de diversos direitos fundamentais com alta carga axiológica.

A nova filosofia implantada no pós-Guerra e desenvolvida no final do século XX apenas permite que se observem os ramos do direito (administrativo, processual, civil, penal etc.) a partir de um prisma constitucional, com atenção aos direitos fundamentais correlatos e aos princípios, que ocupam todo o ordenamento jurídico desde então.

Ao discorrer sobre a força normativa da Constituição, em sua aula inaugural na alemã Universidade de Freiburg, em 1959, o professor Konrad Hesse introduz uma das mais importantes características do momento teórico neoconstitucional. A Constituição deixa de ser encarada como um compêndio de sugestões políticas e sociais para se apresentar como conjunto de normas vinculantes – das quais muitas são princípios – que aborda temas de diversos ramos jurídicos e que inaugura a técnica da hermenêutica constitucional.

Em sua obra acerca do tema, Konrad Hesse combate a tese de Ferdinand Lassalle, segundo a qual a Constituição escrita, em contraposição aos fatores reais do poder que regem a sociedade, é mera folha de papel¹. Para Hesse, a Constituição é mais do que um reflexo. Ela também reflete um dever-ser, com o objetivo de conformar a realidade sócio-política de um povo. Muito embora seja possível diferenciar a força condicionante da realidade da normatividade da Constituição, não é admissível confundi-las, tampouco apartá-las de forma definitiva (HESSE, 1991, p. 15).

2.2 NEOPROCESSUALISMO

O momento teórico, filosófico e hermenêutico de relevância constitucional aplicado ao Direito Processual recebe o nome de Neoprocessualismo. Trata-se da atual fase metodológica na linha evolutiva desse ramo jurídico, sucedendo o sincretismo, a autonomia e a instrumentalidade. A nova perspectiva objetiva o manejo de técnicas processuais aptas a alcançar a prestação jurisdicional efetiva e célere, passando-se, mais do que nunca, a valorizar a justiça das decisões em detrimento do formalismo exacerbado.

O Neoprocessualismo alicerça-se em importantes tópicos do pensamento jurídico contemporâneo, como a força normativa da constituição, a teoria dos princípios, a transformação da hermenêutica jurídica e a consagração dos direitos fundamentais.

¹ Para ilustrar a teoria de Ferdinand Lassalle, segue trecho importante da sua obra “O que é uma constituição?”, que indica claramente o seu posicionamento: “Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa Constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais e efetivos que regem a sociedade, e essa outra Constituição escrita, a qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar folha de papel” (LASSALLE, 2011, p. 34).

A atividade jurisdicional exercida pelo magistrado ganha novos contornos a partir da fase neoprocessual. No momento anterior, o juiz aplicava a lei ao caso concreto de forma irrefletida, sem espaço para qualquer esforço hermenêutico ou adaptações a situações fáticas diferenciadas. Cabia ao julgador apenas enquadrar a lei geral e abstrata à hipótese que lhe era apresentada.

As teorias de Giuseppe Chiovenda (1998) – para quem a jurisdição era a atuação da vontade concreta da lei – e de Francesco Carnelutti (1999) – segundo o qual a função da jurisdição era a justa composição da lide – tornaram-se ultrapassadas, pois ambas se baseavam na ideia de supremacia da lei.

Diante da invasão dos princípios constitucionais na esfera processual, não há mais espaço para a concretização de teorias subordinadas ao positivismo jurídico. O momento atual exige a compreensão detalhada do caso concreto pelo magistrado para que, em seguida, seja proferida sentença justa e consentânea com os direitos fundamentais.

Destaque-se que a virada metodológica neoprocessual desperta o Poder Judiciário do sono profundo outrora causado pelo absolutismo da lei e subordina o poder legislativo, antes supremo e incontestável, aos anseios populares representados nos direitos fundamentais e na Constituição.

Dessa forma, o juiz abandona o papel de mero “boca da lei” e torna-se uma expressão do poder do Estado que interpreta a norma jurídica, que aplica e pondera princípios e que verifica a compatibilidade entre o texto legal e a norma constitucional, a fim de prolatar decisão impregnada de justiça.

É possível notar que a inclusão dos princípios na categoria de normas jurídicas, ao lado das regras, implicou significativa mudança na forma de se estudar e de se aplicar a ciência processual. Atualmente, as grandes questões que envolvem o processo giram em torno da possibilidade de concretização dos princípios constitucionais correlatos, sem sacrifício das garantias individuais dos jurisdicionados.

3 A FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Um dos temas de maior destaque no novo CPC brasileiro é a força vinculante da jurisprudência e dos precedentes judiciais, que, sistematicamente, se apresenta em diversos dispositivos espalhados pelo código. Em qualquer sistema processual que adote o respeito aos precedentes como regra, evidencia-se a preocupação em afastar a insegurança jurídica gerada

pela constante ocorrência de diferentes desfechos processuais para situações fáticas integralmente semelhantes.

Tal conclusão não constitui nenhuma descoberta recente da ciência processual. A justificativa para que o Processo Civil brasileiro tenha demorado tanto para reconhecer a importância da dinâmica do precedente obrigatório tem origem histórica, mais precisamente na era da supremacia do positivismo jurídico, decorrente da Revolução Francesa de 1789.

3.1 PRECEDENTES NOS SISTEMAS DE TRADIÇÃO DE *CIVIL LAW* E DE *COMMON LAW*

Na França pré-revolucionária, onde os cargos de juiz eram adquiridos por herança e até mesmo comprados, inexistia isenção no julgamento dos conflitos levados ao crivo do Judiciário. Havia nítida vinculação entre os magistrados e o rei, razão pela qual o rompimento revolucionário com o absolutismo vigente significou, como consequência, a brusca retirada de poder das mãos dos juízes. O juiz – identificado por Montesquieu como mero “boca da lei” (*bouche de la loi*) – foi expressamente proibido de interpretar o texto legal, cabendo-lhe apenas aplicá-lo.

Neste contexto, a ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Tal fato foi decorrente da grande desconfiança em relação aos juízes, existindo a crença profunda de que a vontade do povo estava efetivamente refletida na lei, e esta deveria ser respeitada literalmente.

Consequentemente os juízes tinham que obedecer à lei, já que eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem a boca da lei. Se as decisões judiciais fossem baseadas na lei, garantir-se-ia que a vontade do povo estava sendo cumprida. (MADEIRA, 2011, p. 534).

Diante desse quadro, para que a revolução progredisse, fez-se necessário valorizar a vontade do Legislativo, que atuaria, utopicamente, na tentativa de abarcar, em suas leis, todas as situações fáticas previsíveis. Foi esse o espírito da *civil law*. Supôs-se, equivocadamente, que os juízes, engessados na atividade hermenêutica, prefeririam decisões coerentes e iguais para todos os casos idênticos.

Os precedentes foram desprezados nos países da *civil law* porque nunca se destacou a necessidade de outra garantia para a segurança jurídica que não fosse o robusto conjunto de leis aplicadas – em princípio, irrefletidamente – pelo Judiciário. A jurisprudência despontava como fonte meramente secundária, sem força vinculante de lei (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 303).

Outra história, todavia, foi escrita pelos países pertencentes ao sistema da *common law*. Na Inglaterra, o Legislativo e o Judiciário travaram juntos uma batalha contra o monarca, que desrespeitava constantemente a legislação e os costumes. Vencida a batalha contra o soberano, o poder apenas voltou-se contra este, mas não foi alterado ou recriado. Dessa forma, não seria o excesso de leis que garantiria a segurança jurídica na Inglaterra, mas o respeito aos precedentes judiciais, na intenção de sustentar a igualdade, a coerência e a credibilidade do direito.

Como consequência do domínio exercido pela Inglaterra sobre suas colônias, vedando que estas editassem atos normativos contrários às leis e aos costumes da metrópole, nasceu, nos Estados Unidos, uma dinâmica de controle judicial que, a partir da independência norte-americana (1776), transfigurou-se no *judicial review*.

As sementes do *judicial review*, portanto, surgiram em decorrência do princípio da supremacia do parlamento, que controlava a legislação das colônias através das suas Cartas e que impedia a aplicação de leis coloniais divergentes do direito inglês. Transportado para a colônia, o princípio da supremacia do parlamento dá origem ao princípio da supremacia do judiciário (MARINONI, 2013, p. 42-43).

A força do Poder Judiciário no sistema da *common law* permitiu que o modelo processual dos países que o integram enraizasse a cultura do respeito às decisões judiciais proferidas, com o objetivo de garantir a isonomia, a coerência e a previsibilidade do direito. Mais do que à elaboração de sentenças e de acórdãos detalhadamente fundamentados, conferiu-se relevância à autoridade aos precedentes.

Apesar do respeito aos precedentes, as fontes de direito utilizadas nos países de *common law* não se limitam ao direito jurisprudencial. Lei, costumes e doutrina também figuram como fontes de direito nesses países. No entanto, a lei é vista como fonte secundária e somente complementa o direito comum já elaborado pelos tribunais, assim como dispõe a respeito exceções à jurisprudência.

De acordo com o professor René David, em obra sobre os grandes sistemas do direito contemporâneo, apenas haverá aplicação da lei, no direito inglês, quando – e na exata medida em que – ela for aplicada e interpretada pelos tribunais. Afirma, ainda, que “só em presença destas decisões o jurista inglês saberá verdadeiramente o significado da lei, porque só encontrará a regra de direito sob o aspecto que lhe é familiar, o da regra jurisprudencial” (DAVID, 1996, p. 346).

No entanto, ao contrário do que pode sugerir uma análise preliminar sobre a dinâmica de precedentes obrigatórios, a atividade judicial, neste modelo, não é simplificada,

óbvia ou irrefletida. Embora existam decisões-paradigma previamente formuladas para muitos dos conflitos *sub judice*, a verificação de cabimento do precedente e o alcance de sua aplicação não decorrem de silogismo, mas de atividades hermenêuticas complexas, que devem ser reiteradas casuisticamente (STRECK; ABBOUD, 2016, p. 180).

Acrescenta-se a tais reflexões o peso da responsabilidade do julgador – em sistemas de precedentes vinculantes – que, apesar de prolatar a decisão com efeito *inter partes*, produz norma jurídica de caráter abstrato para casos semelhantes e firma, inevitavelmente, um padrão de conduta para os jurisdicionados. Por essa complexidade, o estudo teoria dos precedentes obrigatórios envolve conceitos próprios, como os de *ratio decidendi*, de *obiter dictum*, de *overruling* e de *distinguishing* – para citar os principais².

3.2 *RATIO DECIDENDI*

O primeiro desses conceitos – *ratio decidendi* – constitui o próprio precedente. Trata-se dos motivos determinantes para a conclusão alcançada em uma decisão judicial. Dessa maneira, não há que se buscar a *ratio decidendi* no dispositivo do julgado, mas, em regra, na sua fundamentação. O que não constitui premissa indispensável para a conclusão – ainda que relevante em termos argumentativos – é *obiter dictum*.

Portanto, para a assimilação exata do precedente, é menos importante a distinção entre fundamento e dispositivo da decisão do que a identificação da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta*. É preciso verificar o que, de fato, foi essencial para o desfecho alcançado, tendo em vista que meras considerações laterais e doutrinárias apresentadas pelo julgador não estão aptas a solucionar, isoladamente, nem mesmo aquele conflito específico em análise. Consequentemente, também não constituirão precedentes para direcionar a solução de casos semelhantes.

O precedente não se confunde com a decisão judicial, mas com a *ratio decidendi* dela extraída. Assim como a norma legal não se resume ao texto da lei, a norma do precedente também não se resume ao texto da decisão proferida e, por isso, supera a mera fundamentação apresentada pelo julgador (MACÊDO, 2016, p. 233-234).

² Embora esses sejam os principais conceitos, não são os únicos. Podem ser citados, ainda, como exemplos de institutos relativos à teoria dos precedentes judiciais: o *overriding*, a *transformation*, o *antecipatory overruling*, o *prospective overruling*. No entanto, não compete a este trabalho trazer considerações detalhadas acerca de cada um deles, mas abordar, analiticamente, os efeitos provocados pela recente mudança legislativa no processo civil brasileiro, que adotou a força vinculante dos precedentes como regra.

Ocorre que a *ratio decidendi* não consta destacada na decisão, como uma espécie de capítulo próprio para a demonstração do precedente formulado. É essencial o desenvolvimento de intensa atividade hermenêutica – que conjugue a decisão, sistematicamente, com o caso concreto que a originou – para a compreensão lúcida acerca de qual precedente emana daquela sentença ou daquele acórdão.

Por um lado, o precedente assemelha-se à lei, por ser texto e por não prescindir de interpretação. Por outro lado, ao contrário da lei, o precedente não surge abstratamente, em decorrência exclusiva da vontade do Legislador, mas emerge de um fato concreto, levado ao Judiciário com o manifesto propósito de alcançar uma prestação jurisdicional com efeitos, em regra, *inter partes*. Desse modo, apenas é possível reconhecer o precedente se existir a análise do caso concreto originário, posto sob julgamento.

Se, de início, é imprescindível uma intensa atividade hermenêutica para identificar a *ratio decidendi* de uma decisão judicial, faz-se necessário, posteriormente, novo empenho interpretativo por parte do julgador. Examina-se, em um segundo momento, o caso ao qual se deseja aplicar o precedente, com o objetivo de constatar se o fato em análise e o fato-paradigma podem ser juridicamente tratados de maneira idêntica.

Ao analisar o contexto fático de cada um dos casos (“caso em exame” e “caso-paradigma”), comparam-se as circunstâncias relevantes em cada um deles e a possibilidade de emprestar a ambos a mesma solução jurídica. A distinção entre os casos, seja para aplicar o precedente, seja para afastá-lo (em virtude de diferenças fáticas significativas), é uma técnica jurídica denominada *distinguishing*.

Através desta técnica, por exemplo, julgadores de instância inferior podem afastar o precedente originado em instância superior, mesmo em um sistema jurídico de precedentes obrigatórios. Destaque-se que o precedente continua vivo e poderá ser aplicado a outros casos em que se enquadre, o que significa a inexistência da revogação do precedente.

A técnica jurídica de revogação do precedente recebe outro nome: *overruling*. Para que um sistema jurídico supere o precedente outrora fixado, valores sociais devem ter sido modificados. Não se trata de uma decisão súbita do magistrado, com o intuito de derrubar o entendimento consolidado, mas de uma evolução – social, tecnológica, jurídica, política etc. – que torna inadequada a aplicação daquele precedente em casos semelhantes.

Também se aplica a técnica do *overruling* quando verificado erro grosseiro no precedente. Por óbvio, não há que se perpetuar uma *ratio decidendi* elaborada de maneira equivocada ou baseada em premissas errôneas. Neste caso, fica ainda mais evidente a necessidade de superar o precedente e de criar nova *ratio* para casos semelhantes.

Definitivamente, o respeito aos precedentes não faz parte da cultura jurídica pátria. Consoante o professor Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 105-106), não existe espanto diante da instabilidade da jurisprudência nos órgãos jurisdicionais brasileiros. Pelo contrário, a prática do judiciário nacional nos últimos anos levou julgadores e jurisdicionados a aceitarem com naturalidade a existência de decisões distintas para casos concretos essencialmente iguais, ainda que o lapso temporal entre elas seja curto.

A noção de propositura da ação como “aposta lotérica” decorre dessa instabilidade jurisprudencial e leva, inevitavelmente, o Poder Judiciário ao descrédito e as suas decisões à deslegitimação.

A inclusão, no novo CPC, de diversos dispositivos que abraçam a obrigatoriedade dos precedentes consiste em um movimento inovador, com o objetivo de aproximar o processo civil brasileiro da tradição *common law* e de atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia perante os tribunais e da celeridade.

No entanto, a inovação legislativa, por si só, não garante o sucesso do desenvolvimento da cultura de respeito aos precedentes no Brasil, tampouco sugere um processo de eternização das decisões proferidas. Permanece na subjetividade do julgador a análise sobre o cabimento e sobre a efetividade da aplicação do precedente no caso concreto *sub judice*.

Sobre a situação cultural do Brasil com relação ao desenvolvimento de uma teoria dos precedentes, assevera o professor Ravi Peixoto:

(...) a vinculação formal dos precedentes é tão somente o primeiro passo. Apenas com a aculturação do operador do direito brasileiro com uma cuidadosa análise das circunstâncias fáticas do precedente invocado e não a mera conclusão do julgado é que haverá efetivamente o desenvolvimento de uma teoria dos precedentes no Brasil. A adoção da obrigatoriedade da vinculação de precedentes sem o seu adequado tratamento apenas traz o pior dos cenários possíveis: uma vinculação de precedentes com a contínua ignorância das circunstâncias fáticas necessárias para a interpretação dos precedentes. (PEIXOTO, 2016, p. 123).

Para tanto, a fundamentação das decisões deve ser ainda mais detalhada, expondo minuciosamente os fatores determinantes do convencimento, pois não se motivará apenas para as partes, mas também para o futuro – quando o precedente poderá ser aplicado a outros casos semelhantes. Não se pode, então, negligenciar que existem fatos que contam a história por trás de todo precedente e que, em sentido oposto ao que se costuma empregar, o texto da decisão não se confunde com a norma que se extrai da *ratio decidendi*. Não basta observar a regra escrita no enunciado para que se verifique o cabimento de uma súmula, por exemplo.

Surgem, também, com a obrigatoriedade dos precedentes, alguns problemas que o texto do código não resolve, a exemplo do cabimento de recurso para discussão de fundamentação (e não de dispositivo), como forma de constituir um precedente favorável, ou do cabimento de intervenção de terceiro em ação individual com o objetivo exclusivo de auxiliar na formação do precedente.

Portanto, apesar do avanço legislativo com relação a este tema, apenas será possível apurar o sucesso da inovação quando os efeitos das alterações começarem a ser sentidos pelos juristas e pelos jurisdicionados.

4 A QUESTÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Desenvolvido mundialmente na segunda metade do século XX, o Neoconstitucionalismo consiste na transferência da Constituição para o centro do ordenamento jurídico. Caracteriza-se pela elevação dos princípios ao patamar de norma jurídica, bem como pela positivação de diversos direitos fundamentais com alta carga axiológica – dos quais o principal, alicerce para a compreensão dos demais, é a dignidade da pessoa humana.

O novo modelo apenas permite que se interpretem os ramos do direito a partir de uma perspectiva constitucional (filtragem constitucional), com atenção aos direitos fundamentais correlatos, que ocupam todo o ordenamento jurídico desde então.

No Brasil, foi a Constituição Federal de 1988 que simbolizou o início do novo constitucionalismo. A Carta Magna passou ao centro do ordenamento brasileiro – ocupou a posição que antes era preenchida pelo Código Civil –, com supremacia formal e material sobre todas as outras normas que o compõem (BARROSO, 2012, p. 42-43).

Em virtude da força normativa da Constituição e da aplicabilidade direta e imediata dos direitos sociais constitucionalmente consagrados, estabelece-se plenamente o Estado do Bem Estar Social no país. Surge, então, para a Administração Pública, o dever inafastável de atuar positivamente na prestação dos serviços públicos assegurados pela Lei Maior, através da realização de escolhas políticas adequadas à sociedade de risco que atualmente se apresenta.

Com o desenvolvimento do *welfare state*, tornou-se evidente que a inércia estatal em não atuar para garantir o exercício dos direitos básicos da sociedade simplesmente anulava a previsão desses direitos em termos de utilidade prática. De acordo com Mauro Cappelletti e

Bryant Garth, juristas que escreveram uma obra completa acerca do direito ao acesso à justiça:

À medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10-11).

Desse modo, para que o Estado Social pudesse assegurar os direitos da população de forma efetiva, fez-se imprescindível a garantia substancial do acesso à justiça – que transcende à simples possibilidade de postular ou de se defender em juízo e atinge, com o desenvolvimento da ciência processual moderna, estreita relação com o conteúdo material das decisões.

A população, então, conscientizou-se dos seus direitos e da possibilidade de obter a tutela de seus interesses através da via judicial. Como consequência disso, observou-se, no Brasil, uma massiva judicialização das questões sociais, o que atraiu inúmeras críticas relacionadas ao excesso de protagonismo judicial, à insegurança jurídica, à insindicabilidade do mérito administrativo e à desvalorização da política e dos representantes eleitos.

De fato, o Poder Judiciário exerce função política quando é chamado a julgar demandas que envolvem serviços públicos básicos a serem disponibilizados pela Administração. O juiz não pode ser omissivo diante do pleito daquele indivíduo que busca o seu direito subjetivo a um serviço essencial, ao qual não teve acesso em virtude das más escolhas realizadas pelo administrador.

O argumento lançado pela Administração Pública, segundo o qual o mérito administrativo é insindicável, não pode “servir como escudo à atuação judicial contra a má atuação da Administração” (CARDOSO, 2016, p. 19).

A judicialização é ainda mais expressiva com relação ao tema da saúde – direito fundamental estreitamente vinculado à dignidade da pessoa humana, à vida e à integridade física (SARLET, 2015, p. 335-336).

A distribuição dos recursos públicos pela Administração não concretiza a previsão constitucional segundo a qual a saúde é direito de todos e dever do Estado. Em virtude disso, o mau planejamento administrativo é substituído pela atuação do juiz de primeiro grau, que,

ao deferir uma tutela provisória de urgência, é capaz de oferecer ao jurisdicionado, de forma imediata, o acesso ao direito fundamental de viver com saúde e com dignidade.

O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, reconheceu a possibilidade de judicialização das questões que envolvem políticas públicas de saúde, com força vinculante para todo o país. A própria estrutura em torno do Poder Judiciário aderiu à nova realidade. Defensorias Públicas criaram núcleos especializados de defesa da saúde e Ministérios Públicos passaram a atuar através das Curadorias da Saúde (CARDOSO, 2016, p. 92).

Verifica-se, então, que, para a concretização dos direitos fundamentais – aplicáveis direta e imediatamente, no modelo neoconstitucional – previstos na Constituição brasileira de 1988, as políticas públicas, especialmente no âmbito da saúde, precisam ser judicializadas.

O problema emerge quando a decisão judicial que defere a tutela provisória de urgência para a concessão de determinado medicamento ou procedimento médico no caso concreto acaba por inviabilizar o direito daqueles que não tiveram acesso ao Poder Judiciário.

É que o juiz de primeiro grau não tem a visão ampla da situação, característica do legislador e do administrador. O Poder Judiciário é chamado a decidir o caso concreto, a situação individual, o que torna difícil a análise, por parte do juiz de piso, quanto à distribuição dos recursos públicos.

Um tratamento moderno, de alto custo, concedido ao sujeito que acessa o Poder Judiciário, pode inviabilizar, financeiramente, o tratamento de outras tantas pessoas que não tiveram o mesmo acesso. Talvez o problema fosse evitado se, ao sujeito que pediu a providência pela via judicial, fosse deferido outro tratamento mais simples, mais barato e igualmente eficaz.

Ocorre que o magistrado não dispõe de todos esses dados, razão pela qual não consegue agir distributivamente bem. Por outro lado, também não se exige que o juiz despreze o caso concreto que lhe é apresentado e, simplesmente, negue o direito à saúde àquele sujeito específico, que implora por ajuda, com o único objetivo de preservar o direito de outras tantas pessoas indeterminadas, cujo problema ele desconhece. A questão não é simples.

Uma das possíveis soluções para os problemas decorrentes da judicialização de políticas públicas de saúde está no novo Código de Processo Civil, mais especificamente no sistema de precedentes vinculantes, capaz de equilibrar a segurança jurídica e justiça no caso concreto.

4.2 PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E SAÚDE PÚBLICA

A possibilidade de a judicialização das questões de saúde pública gerar injustiça àqueles que não têm acesso ao Poder Judiciário decorre, em grande parte, da incapacidade do magistrado de aferir os impactos extraprocessuais da sua decisão, visto que não dispõe de meios aptos a identificá-los. O juiz de primeiro grau só consegue analisar a situação concreta posta em julgamento, de forma restrita, individual.

É então que surge a importância do novo sistema brasileiro de precedentes. A força vinculante dos precedentes é um dos temas de maior destaque do novo CPC, idealizado com o intuito de afastar a insegurança jurídica gerada pela constante ocorrência de diferentes desfechos processuais para situações fáticas integralmente semelhantes.

De um lado, os precedentes serão formulados com olhos no futuro, razão pela qual as decisões deverão ser mais bem construídas e mais bem fundamentadas. Para tanto, pressupõe-se maior participação, tanto das partes, quanto dos *amici curiae*, que auxiliarão o Judiciário na formulação adequada do precedente.

Trata-se o precedente de uma norma jurídica vinculante, que perde o caráter individual a partir do momento que se torna obrigatório para todos. Portanto, a análise do objeto litigioso tende a ser mais detalhada, minuciosa, cuidadosa. O contraditório – com maior razão ainda – deve ser efetivo, realizado em amplo debate e com discussões que esgotem, de fato, as controvérsias a respeito do tema.

Dessa forma, aquela incapacidade de o juiz aferir os impactos da sua decisão será reduzida, tendo em vista a objetivação das demandas e a contribuição externa para a elaboração do precedente.

De outro lado, o sistema de precedentes obrigatórios também trará maior segurança jurídica ao normatizar a prestação dos serviços públicos de saúde, vez que fixará quais são os procedimentos e os medicamentos que devem ser prestados pelo Estado, a fim de atender à integralidade do direito à saúde.

Com a previsibilidade característica dos precedentes vinculantes, até mesmo os preços daqueles medicamentos de concessão obrigatória serão reduzidos, em virtude da alta demanda, o que possibilita a distribuição para um maior número de pessoas.

Portanto, o sistema de precedentes instituído pelo novo Código de Processo Civil, além de reduzir o número de processos em andamento, gerará decisões melhores, mais bem fundamentadas e com intensos debates a respeito do seu objeto. Com isso, equilibrará a

justiça do caso concreto e a segurança jurídica pretendida, o que configura um avanço relevante diante dos problemas decorrentes da judicialização das questões de saúde no Brasil.

5 CONCLUSÃO

O Neoconstitucionalismo – movimento que surgiu em meados do século XX, decorrente das arbitrariedades do pós-guerra – rompeu, de forma revolucionária, com o paradigma do positivismo jurídico dominante, lastreado na legalidade formal e desassociado do conteúdo material das normas. Com o surgimento do Neoconstitucionalismo, o Estado Liberal, não intervencionista, que buscava garantir a liberdade social através da sua ausência, cedeu espaço ao Estado do Bem Estar Social, preocupado em garantir os direitos fundamentais de seus membros.

Esse momento teórico, filosófico e hermenêutico de relevância constitucional aplicado ao Direito Processual recebe o nome de Neoprocessualismo. A nova perspectiva objetiva o manejo de técnicas processuais aptas a alcançar a prestação jurisdicional efetiva e célere, passando-se, com mais razão ainda, a valorizar a justiça das decisões em detrimento do formalismo exacerbado.

O Neoprocessualismo alicerça-se em tópicos como a força normativa da constituição, a teoria dos princípios, a transformação da hermenêutica jurídica e a consagração dos direitos fundamentais. Destaque-se que a virada metodológica neoprocessual desperta o Poder Judiciário do sono profundo outrora causado pelo positivismo jurídico puro e subordina os demais Poderes aos anseios populares representados nos direitos fundamentais e na Constituição.

Em virtude disso, atualmente, as grandes questões que envolvem o processo giram em torno da possibilidade de concretização dos princípios constitucionais correlatos, sem sacrifício das garantias individuais dos jurisdicionados.

Com esse propósito, o Código Processo Civil de 2015 transformou radicalmente o sistema processual civil brasileiro, que se curva às normas fundamentais do processo na busca de uma prestação jurisdicional justa e efetiva. Uma das novidades que logrou equilibrar a justiça e a efetividade no processo foi o sistema de precedentes obrigatórios.

A força vinculante dos precedentes é um dos temas de maior destaque do novo CPC, idealizado com o intuito de afastar a insegurança jurídica gerada pela constante ocorrência de diferentes desfechos processuais para situações fáticas integralmente semelhantes.

Junto com a nova sistemática – que aproximou o nosso sistema jurídico, de tradição de *civil law*, dos sistemas jurídicos de tradição de *common law* –, desenvolve-se, no Brasil, o estudo de conceitos específicos da teoria dos precedentes (a exemplo de *ratio decidendi*, de *obiter dictum*, de *overruling* e de *distinguishing*), o que se revela de grande importância para a adequada aplicação do instituto.

A inserção de diversos dispositivos que adotam a obrigatoriedade dos precedentes no novo CPC consiste em um movimento inovador, com o objetivo de atender aos princípios da segurança jurídica, da isonomia perante os tribunais e da celeridade.

Esse equilíbrio entre justiça e segurança jurídica, proposto pelo novo sistema de precedentes vinculantes, é uma das soluções possíveis para o problema da judicialização das questões de saúde no Brasil.

Verificou-se, diante das más escolhas realizadas pela Administração Pública, que, para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988, as políticas públicas, especialmente no âmbito da saúde, precisam ser judicializadas.

O problema, no entanto, emerge quando a decisão judicial que defere a tutela provisória de urgência para a concessão de determinado medicamento ou procedimento médico no caso concreto acaba por inviabilizar o direito daqueles que não tiveram acesso ao Poder Judiciário.

É que o juiz de primeiro grau não tem a visão ampla da situação, característica do legislador e do administrador. O Poder Judiciário é chamado a decidir o caso concreto, a situação individual, o que torna difícil a análise, por parte do magistrado, relativa à distribuição dos recursos públicos.

É então que surge a importância do novo sistema brasileiro de precedentes. Os precedentes serão formulados com olhos no futuro, razão pela qual das decisões deverão ser mais bem construídas e mais bem fundamentadas. Para tanto, pressupõe-se maior participação, tanto das partes, quanto dos *amici curiae*. A análise do objeto litigioso tende a ser mais detalhada e o contraditório, com maior razão ainda, deve ser efetivo, realizado em amplo debate.

Dessa forma, aquela incapacidade de o juiz aferir os impactos da sua decisão será reduzida, tendo em vista a objetivação das demandas e a contribuição externa para a elaboração do precedente.

O sistema de precedentes obrigatórios também trará maior segurança jurídica ao normatizar a prestação dos serviços públicos de saúde, vez que fixará quais são os

procedimentos e os medicamentos que devem ser prestados pelo Estado, a fim de atender à integralidade do direito à saúde.

Assim, o sistema brasileiro de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 – nova lei processual que busca a concretização dos direitos fundamentais, nos moldes do paradigma neoconstitucional –, além de reduzir o número de processos em andamento, gerará decisões melhores, mais bem fundamentadas e com amplas discussões a respeito do seu objeto.

Desse modo, equilibrará a justiça do caso concreto e a segurança jurídica pretendida, o que configura um avanço relevante diante dos problemas decorrentes da judicialização das questões de saúde pública no Brasil.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-63.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. ENFAM divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 24 maio 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Seção 1.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do Direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. **Proporcionalidade e argumentação: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2009.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Campinas: Servanda, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GIL, Antonio Carlos. **Metodologia do ensino superior**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

LASSALLE, Ferdinand Johann Gottlieb. **O que é uma constituição?** 3. ed. Campinas: Russell, 2011.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza – eficácia – operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Manual de metodologia do trabalho científico: como fazer uma pesquisa de direito comparado**. Aracaju: Evocati, 2009.

PODETTI, José Ramiro. **Teoria y tecnica del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediar, 1963.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.