

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA**

CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO

LUIZ FERNANDO BELLINETTI

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Marden Cabral Coutinho; Luiz Fernando Bellinetti; Tatiane Campelo Da Silva Palhares. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-873-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com a realização do XXX Congresso Nacional do CONPEDI “Acesso à justiça, soluções de litígios e desenvolvimento”, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, foram apresentados os trabalhos (artigos) no dia 16 de novembro de 2023, no Grupo de Trabalho (GT): PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I.

Foram apresentados 22 artigos, com elevada qualidade, em temas afetos ao GT e que proporcionaram importantes discussões:

1. Em busca da verdade escondida: epistemologia aplicada à dimensão fática do direito
2. Impactos da utilização da inteligência artificial e dos algoritmos no direito processual: uma análise sob a ótica do processo constitucional democrático
3. A necessária implementação do contraditório na formação do mérito processual das ações coletivas de natureza democrática
4. O abuso do direito na tutela executiva e a responsabilidade civil do executado
5. Judicialização democrática das políticas públicas
6. Da jurisdição e dos requisitos à atividade jurisdicional na visão da teoria processual neoinstitucionalista do direito, de rosemiro pereira leal
7. O diálogo institucional e a compliance como proposta de desjudicialização da saúde: novas ferramentas processuais
8. Princípio da interoperabilidade na resolução nº 444/2022 do cnj: considerações acerca da criação de uma cultura (automatizada e uniformizada) de precedentes no brasil
9. A zona de sobreposição entre irdr e iac: um estudo a partir da justiça do trabalho
10. Amor e ódio: a preponderância do viés finalístico nas decisões judiciais

11. Um robô no tribunal: contribuições das IAs para o acesso à justiça, limites e perspectivas
12. Direitos da personalidade, bancos de dados e inteligência artificial: o impacto do sistema e-natjus na judicialização do direito à saúde
13. O novo filtro da relevância jurídica e a função interpretativa da corte de precedentes
14. Harmonização jurisprudencial e estabilidade do sistema jurídico: análise da aplicação dos precedentes qualificados pelo tribunal de justiça do estado do Maranhão
15. Da harmonia ao direito: a relação entre a música e as técnicas de aplicação e interpretação de precedentes no processo civil.
16. Dinâmica democrática: ativismo judicial, judicialização da política e a participação da sociedade
17. A distinção (distinguishing) no direito processual brasileiro: um panorama teórico e normativo
18. A mitigação da discricionariedade nas decisões judiciais a partir da aplicação da teoria da integridade de Ronald Dworkin
19. A prescrição intercorrente no direito brasileiro: limites, natureza jurídica e aplicação
20. O contexto brasileiro na recepção da doutrina de precedentes e o desafio da superação consequencialista para a efetividade da justiça
21. Acordos firmados pelo Ministério Público baseados nos princípios da participação e da cooperação, utilizando-se de regras de justificação propostas na teoria da argumentação de Robert Alexy
22. A legitimidade ativa para a modificação da tese firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas: uma afronta ao acesso à justiça?

Após quase 4 horas de debates profícuos foram encerrados os trabalhos do GT.

Esses vários temas são representativos da abrangência e amplitude da investigação e produção acadêmica nacional nas pesquisas pertinentes a este Grupo de Trabalho, tendo em

vista que os autores estão vinculados aos mais diversos programas de pós-graduação em Direito, revelando grande diversidade regional e institucional.

Os intensos debates sobre os trabalhos apresentados, muitos relacionados ao desenvolvimento de dissertações e teses, mostram a relevância das contribuições.

Certos de que a publicação fornece importantes instrumentos para os pesquisadores da área jurídica, especialmente relativos aos temas deste GT, os organizadores prestam suas homenagens e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), e em especial a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Professora Dra. Tatiane Campelo da Silva Palhares.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho

AMOR E ÓDIO: A PREPONDERÂNCIA DO VIÉS FINALÍSTICO NAS DECISÕES JUDICIAIS

LOVE AND HATE: THE PREPONDERANCE OF FINALISTIC BIAS IN JUDICIAL DECISIONS

Othávio Cardoso de Melo

Resumo

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o ser humano analisa as decisões judiciais com base em seus resultados, negligenciando os passos necessários para a aplicação do direito. Este fenômeno ganha relevância a partir do surgimento da teoria da relação jurídica processual, que posiciona o Estado-juiz como figura central, elevando a jurisdição ao escopo do processo. Essa perspectiva, que desconsidera os meios e procedimentos necessários à garantia dos direitos fundamentais, é reforçada por vieses cognitivos e pela tendência humana de interpretar fatos e circunstâncias a partir do resultado final. Entre as vicissitudes, destaca-se o Efeito Halo, que subverte a relação causal. Por essa razão, muitas pessoas são levadas a ignorar falhas na técnica de julgamento e no respeito aos limites de atuação do Poder Judiciário. O estudo realiza uma breve análise do RE 657718/MG, Tema 500 de Repercussão Geral, no qual o Supremo Tribunal Federal examinou o dever do Estado de fornecer medicamentos não registrados pela Anvisa.

Palavras-chave: Jurisdição, Processo, Finalístico, Viés cognitivo, Medicamentos, Anvisa

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to demonstrate that humans often analyze judicial decisions based on their outcomes, neglecting the necessary steps for the application of law. This phenomenon gains relevance with the emergence of the theory of procedural legal relations, which places the State-judge as a central figure, elevating jurisdiction to the scope of the process. This perspective, which disregards the means and procedures necessary to guarantee fundamental rights, is reinforced by cognitive biases and the human tendency to interpret facts and circumstances based on the final outcome. Among the vicissitudes, the Halo Effect stands out, subverting the causal relationship. For this reason, many people are led to ignore flaws in judgment techniques and in respecting the boundaries of the Judiciary's action. The study conducts a brief analysis of RE 657718/MG, General Repercussion Topic 500, in which the Brazilian Supreme Federal Court examined the State's duty to provide medications not registered by Anvisa. (National Health Surveillance Agency).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdiction, Process, Finalistic, Cognitive bias, Medicines, Anvisa

1. INTRODUÇÃO

O primeiro questionamento ordinário ao se descobrir a imagem da Deusa *Themis* é: “Por qual razão ela não pode enxergar?” O que poucos sabem é que, inicialmente, a imagem tinha olhos bem abertos, como se pudesse enxergar a verdade. Contudo, a evolução da ciência jurídica mostrou que os olhos precisavam ficar vendados, porque o atributo primordial da justiça é a objetividade.

Atualmente, a objetividade tem perdido espaço para um subjetivismo honesto. Afinal, o neoconstitucionalismo abomina a objetividade, pois sempre é possível encontrar uma solução justa que atenda aos objetivos maiores do legislador. O problema reside no fato de que essas escolhas são feitas por seres humanos que atuam, na maioria das vezes, individualmente, desprovidos de contrapontos e de debates construtivos. Esse individualismo reforça o risco de incursão em preconceitos, vieses cognitivos e identificações ideológicas.

Ao atuarem dessa forma, estariam os magistrados ignorando a própria deusa da justiça? Os olhos não estão mais vendados, mas a espada nunca esteve tão afiada. Nada impede a aplicação da “justiça”, nem mesmo a lei – a escolha democrática e consciente dos destinatários da justiça – é capaz controlar a fúria daqueles que creem encontrar, a qualquer custo, uma solução que atenda aos mais belos ideais de justiça.

Obviamente, por trás desse ideal de justiça, há aqueles que se aproveitam das lacunas para perpetrarem interesses próprios e de grupos específicos, mas esses malfeitores não constituem objeto do presente estudo. Aqui, tratar-se-á apenas dos bem-intencionados, para demonstrar que o desrespeito à forma e à objetividade, sob qualquer pretexto, não traz resultados promissores.

Através da pesquisa bibliográfica, do método qualitativo-dedutivo e da análise do julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 657.718, o presente artigo pretende demonstrar que os pronunciamentos judiciais têm buscado fundamento de validade na própria “justiça” da decisão, o que fundamenta a adoção de diversas medidas autoritárias, subvertendo o direito processual e o próprio conceito de justiça.

O objetivo deste argumento é ilustrar de forma clara que a utilização do processo judicial como um instrumento para a concretização de ideais ou objetivos pessoais ou políticos representa uma via arriscada e perigosa. Essa abordagem tem sido reiteradamente explorada, o que acaba por tornar obsoletas as leis e normas processuais estabelecidas. Além disso, essa prática coloca em xeque a própria separação dos poderes, um princípio fundamental consagrado pela Constituição

Federal. Dessa forma, não apenas se faz letra morta da legislação processual, mas também se compromete um dos pilares da nossa democracia constitucional.

2. DA FALIBILIDADE HUMANA: VIÉS FINALÍSTICO

Os cientistas econômicos sempre partiram da premissa de que o ser humano era essencialmente racional e que, em situações extremas de instabilidade, perderiam a razão. A ideia romântica da onipotência do homem permeou a ciência, que jamais enxergou a falibilidade como um dos traços do ser humano. Desse modo, a racionalidade constituiu uma das bases das teorias científicas, especialmente na economia (FERNANDEZ; STEINGRABER, 2013, p. 130):

Desde que o postulado da racionalidade tornou-se uma das hipóteses bases da vertente neoclássica, os demais desenvolvimentos teóricos tornaram-se orientados em seguir a trajetória do comportamento racional. Conforme Blaug (1999, 228) “a teoria do comportamento, a teoria da empresa e a teoria da produtividade marginal da demanda por fatores estão baseados na hipótese de certeza do conhecimento dos resultados futuros”. O que equivale a dizer que tais desdobramentos teóricos estão ligados ao postulado de racionalidade, sem a especificação do mesmo para essas teorias, a concepção de solução única e ótima ficaria comprometida.

Ao analisar o pensamento intuitivo, Simon (*apud* KAHNEMAN, 2012, p. 295) concluiu que a intuição não passa de um reconhecimento de padrões desenvolvido por algum conhecimento prévio. Dessa forma, a economia comportamental atentou para a necessidade de avaliar os próprios processos decisórios e não apenas a racionalidade das conclusões (SIMON, 1978, p. 2-3):

(...) a economia esteve sempre mais preocupada com os resultados da escolha racional do que o processo de escolha. Como a análise econômica requer uma delimitação com a dinâmica da escolha sobre incerteza, será mais e mais essencial considerar o processo da escolha. Nos últimos vinte anos ocorreram importantes avanços no nosso entendimento da racionalidade processual como resultado da pesquisa em inteligência artificial e psicologia cognitiva. A importância dessas teorias do processo de escolha na economia pode providenciar uma imensa ajuda em definir nosso entendimento da dinâmica da racionalidade, e da influência sobre a escolha da estrutura institucional que se estabelece.

Apenas no final do Século XX, após analisar os processos decisórios em meio a diversos experimentos sociais, a economia comportamental atestou que o ser humano, na maior parte do tempo, não é racional. As pessoas possuem vicissitudes e tendem a construir atalhos para

facilitarem as suas vidas. Ao analisar a tendência ao irracionalismo, Kahneman (2012, p. 19) pontua que o cérebro funciona através de dois “sistemas”:

- O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário.
- O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.

Para tornarem a rotina menos extenuante, as pessoas utilizam atalhos criados pelo cérebro para economizar energia e delegam suas decisões – que deveriam ser tomadas pelo Sistema 2 – ao Sistema 1. Procedendo dessa forma, o homem se apoia em heurísticas, que nada mais são do que atalhos criados pelo cérebro para facilitar rotinas, uma vez que o Sistema 2 requer esforço na sua operação.

Quando as heurísticas não possuem embasamento ou se apoiam em ideias equivocadas, elas são chamadas de *vieses cognitivos*. Um dos vieses mais comuns é o *Efeito Halo*, que é a tendência de gostar (ou desgostar) de tudo que diz respeito a uma pessoa, com base em apenas uma informação (na maioria das vezes, a simpatia). Ao escrever sobre o *efeito halo*, Rosenzweig (*apud* KAHNEMAN, p. 258-259) concluiu que esse viés provoca uma ilusão de compreensão ao inverter a relação causal, fazendo com que as pessoas interpretem os fatos a partir das conclusões:

De fato, o efeito halo é tão poderoso que você provavelmente se pegará resistindo à ideia de que a mesma pessoa e os mesmos comportamentos parecem metódicos quando as coisas estão indo bem, e rígidos quando as coisas vão mal. Devido ao efeito halo, compreendemos a relação causal do modo inverso: ficamos inclinados a acreditar que a empresa fracassa porque seu CEO é inflexível, quando a verdade é que o CEO parece inflexível porque a empresa está indo mal. É assim que nascem as ilusões de compreensão.

Em meio à falta de informações, os seres humanos interpretam os fatos de acordo com seus resultados e buscam encaixá-los em um padrão de racionalidade. Ao se depararem com decisões que lhe agradem, não questionam os meios e o processo desenvolvido até se chegar àquela conclusão. Trata-se de um comportamento natural, associado à tendência de procurar padrões, como lecionada Kahneman (2012, p. 147):

Somos ávidos por padrões, temos fé em um mundo coerente, em que as regularidades (...) não aparecem por acidente, mas como resultado de uma causalidade mecânica ou da intenção de alguém. Não esperamos ver a

regularidade produzida por um processo aleatório, e quando detectamos o que parece ser uma regra, rapidamente rejeitamos a ideia de que o processo seja verdadeiramente aleatório. Processos aleatórios produzem muitas sequências que convencem as pessoas de que o processo afinal de contas não é aleatório. Você pode perceber por que a pressuposição de causalidade teria apresentado vantagens evolutivas. Ela é parte da vigilância geral que herdamos de nossos ancestrais.

Na busca de padrões e partindo da premissa de que processos adequados levam a resultados adequados, uma pessoa comum não questiona a validade dos meios utilizados ao se deparar com decisões que atendam ao seu senso de justiça. Nesses casos, presume que o processo decisório foi acertado, porque se realizou a justiça!

Aparentemente, não há nenhum problema nisso, pois as pessoas leigas não entendem o devido processo como uma garantia fundamental e dificilmente aceitariam a ideia de que, no direito, os fins não justificam os meios (ou pelo menos não deveriam!).

O problema torna-se especialmente alarmante e digno de reflexão profunda quando se observa um sólido apoio proveniente tanto da mídia quanto dos juristas, indivíduos cujas qualificações profissionais, experiências acumuladas e conhecimentos especializados deveriam, teoricamente, servir como motor para uma análise crítica rigorosa em relação aos métodos e abordagens adotadas durante qualquer processo judicial ou investigativo. Esses profissionais não deveriam simplesmente endossar as medidas tomadas, mas, pelo menos, questionar a legitimidade e a legalidade das táticas empregadas, mesmo quando concordam com o resultado final ou com o mérito da questão em pauta.

Nesse cenário, torna-se evidente o fenômeno que podemos denominar de "viés finalístico", que é a tendência de reinterpretar ou reavaliar o processo inteiro com base unicamente em seu resultado final. Em outras palavras, se o desfecho é algo que agrada à opinião pública ou a um grupo específico, a tendência é negligenciar ou minimizar a importância do escrutínio crítico dos meios que foram utilizados para chegar a esse resultado. É como se a conclusão justificasse o percurso, independentemente de como esse percurso foi trilhado.

Partindo dessa preocupante premissa, é imperativo que se analise o grau em que essa atitude pode desrespeitar os limites constitucionais, e como tal comportamento acaba por tornar-se uma espécie de tábula rasa dos riscos inerentes a essa abordagem. Estamos falando aqui de um

problema que vai além da concordância ou discordância quanto ao mérito; trata-se de uma questão que toca na própria integridade do sistema legal e dos princípios democráticos.

3. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E PREPONDERÂNCIA DA JURISDIÇÃO

O século XIX foi caracterizado pela influência do Darwinismo, avanços científicos e descobertas em várias áreas. No campo jurídico, essa onda de progresso científico resultou na categorização do processo civil como um campo autônomo de estudo. Isso deu origem à teoria da relação jurídica processual, um marco significativo no desenvolvimento científico, que tratava o processo como uma entidade separada e diferente do direito material. A teoria foi criada por Oskar von Bülow e adotada pelos processualistas brasileiros (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2011, p. 139):

Ali, entre 1856 e 1858, travara-se histórica polêmica entre dois romanistas alemães, Windscheid e Muther, acerca da *actio romana* e do sentido que devia ser emprestado modernamente à ação. Ali, e sempre na Alemanha, escrevera-se uma obra verdadeiramente revolucionária, que haveria de tornar clara aos olhos de todos os juristas a existência de uma relação jurídica processual distinta da relação de direito material que as partes trazem para ser apreciada pelo juiz (trata-se de famoso livro de Oskar von Bulow, do ano de 1868). Ali, a partir desses trabalhos pioneiros, houvera uma efervescência de ideias e de doutrinas, especialmente sobre a natureza da ação, que veio a colocar o direito processual definitivamente como verdadeira ciência, com objeto e método próprios, libertando-o da condição de mero apêndice do direito privado.

O Brasil adotou a teoria de relação jurídica processual, que concebe o processo como uma relação triangular dirigida pelo Estado-juiz, cuja finalidade é a jurisdição. Nesse modelo, a lide passou a ser utilizada como instrumento para a consecução dos interesses do Estado, personificado na figura do magistrado.

O instrumentalismo defende a ideia de que as partes envolvidas devem agir cooperativamente, sob a orientação do juiz, para alcançar os objetivos do Estado. A postura decorre da publicização do processo, que passou de instrumento para solucionar disputas individuais para uma forma de criação normativa que atua em consonância com os interesses do Estado-juiz, como afirma Raatz (2020, p. 319):

A proposta da instrumentalidade do processo – de abertura do sistema processual para os influxos publicista – nem mesmo representa uma novidade, mormente se for considerado que Chiovenda, no início do século XX, já defendia que o processo servia à consecução dos interesses do Estado e que o segredo das

reformas processuais estaria na adaptação do processo às necessidades sociais. Por sinal, muitos elementos da doutrina da instrumentalidade do processo já estavam presentes nas bases do processualismo “científico”, notadamente em Oskar Bülow que, sob a influência de Rudolf von Jhering – para quem as partes no processo judicial estariam numa relação de subordinação em relação ao juiz, cujas normas aplicadas estariam postas ao atingimento de um fim social, emergindo aí a necessidade de um pensamento teleológico – delineou a concepção de processo como instrumento da jurisdição, compreendendo, no ofício judicial, uma atividade de criação do direito ao lado da lei. Também em consonância com o pensamento de Jhering, Franz Klein considerou o processo como uma instituição de bem estar social e, por esse caminho, atribuiu ao processo a função de realizar escopos sociais e econômicos, conferindo à jurisdição perspectivas meta-jurídicas.

No Brasil, a teoria da relação processual foi apresentada por Enrico Tullio Liebman (1903-1983), fundador da Escola Processual de São Paulo, cujo maior expoente é Cândido Rangel Dinamarco. Segundo este autor, o processo é uma forma de expressão do poder estatal e sua condução sujeitava as partes, que deveriam aceitar a decisão que melhor atendesse ao interesse público (2020, p. 398):

Falar em solução imperativa é pressupor o exercício do poder. O Estado persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões (definição de poder estatal, segundo a ciência política), sem a necessidade de anuência dos sujeitos. A situação destes perante o Estado que exerce a jurisdição é de sujeição – conceituada esta como impossibilidade de evitar os atos alheios ou furtar-se à sua eficácia (Carnelutti). Esse é o significado da afirmação da jurisdição estatal como função pública, regida por normas de direito público.

Nessa perspectiva, a teoria da relação processual acentuou o caráter publicista do processo, transformando a jurisdição em uma ferramenta de manifestação do poder de império do Estado, o que suplantaria o interesse na mera solução do conflito. O sistema processual brasileiro foi construído com base nessas premissas, concentrando poderes no Estado-juiz e colocando as partes em uma posição de inferioridade.

Ao posicionar o juiz como o elemento central na ação jurídica e dar-lhe a autoridade para discernir o significado da lei, a teoria da relação jurídica pressupunha uma habilidade única por parte dos integrantes do Poder Judiciário. Segundo Bülow, acreditava-se que esses indivíduos possuíam competências e experiências distintas que os qualificavam para tal papel (1885, p. 20-21):

Para se extrair de lá o direito, é preciso um trabalho sério, amplo conhecimento e um espírito afiado e instruído, para moldar de acordo com a medida do ordenamento. Isso exige um senso jurídico afinado e delicado para que se possa obter o correto preceito legal dentro dos limites do ordenamento e é preciso vontade firme constantemente direcionada para a lei, para administrar justa e imparcialmente esta atividade de grande responsabilidade! A visão e a habilidade para a criação da lei são adquiridas através da educação na ciência jurídica. A única maneira de pensar é a aquisição da construção do caráter moral. Feliz é o país cujos juízes tem feito os dois inteiramente bem! Um povo que não pode confiar na visão legal e na justiça de seus juízes está condenado e perdido, apesar dos melhores ordenamentos. Não apenas o ordenamento, mas o ordenamento e o judiciário criam o direito para o povo.

A fé em habilidades excepcionais e em uma ética elevada levaram os juízes a um status de grande respeito tanto na sociedade quanto na arena política. Como resultado, o Poder Judiciário começou a se considerar superior às leis, que se tornaram apenas pontos de partida para a formulação de decisões judiciais como ensina Maus (2000, p. 193):

A ascensão da Justiça a última instância de consciência da sociedade é acompanhada, em alguns ramos dos tribunais, por um método de aplicação do direito que em face das representações de Montesquieu não somente as corrige em seus momentos ilusórios como as inverte detalhadamente. As leis são reconhecidas indiferenciadamente como meras previsões e premissas da atividade decisória judicial, desprezadas as suas diferentes densidades regulatórias. Entre as teorias da metodologia jurídica hoje predominantes quase que desaparece o condicionamento legal-normativo da Justiça sob o peso de orientações teleológicas, analógicas e tipológicas ou de procedimentos tópicos, finalísticos, eficientes e valorativos, além da própria escolha pelo juiz do "método adequado" entre outras concepções concorrentes.

Na busca dessa “solução ideal”, na tentativa de dizer o direito, o Estado-juiz submete as partes aos seus comandos, dirige a produção de provas e aplica a norma conforme os interesses do Estado-juiz, que ultrapassam a simples aplicação do direito material, buscando ideais de justiça e de satisfação social.

Ocorre que a concretização da justiça e a busca da verdade não constituem atribuições do Poder Judiciário, que deve garantir o cumprimento das normas. Ademais, dentro de seus gabinetes, os magistrados têm pouco contato com a população e desconhecem os recursos materiais disponíveis para a concretização de políticas públicas.

4. ESTUDO DE CASO: REPERCUSSÃO GERAL NO RE 657.718/MG

No julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 657.718, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de decidir se “à luz dos artigos 1º, III; 6º; 23, II; 196; 198, II e § 2º; e 204 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”.

O tema foi objeto de discussão no Congresso Nacional. Iniciada em 2010, o PL 7445/2010 tramitou em regime de urgência e passou por três comissões: Seguridade Social e Família, Finanças e Tributação, e Constituição e Justiça e de Cidadania. A celeridade da tramitação demonstra a relevância do tema para o Congresso Nacional.

Após a rápida tramitação, foi publicada a lei nº 12.401/11, que incluiu o art. 19-T na lei nº 8.080/90, vedando o ressarcimento, pagamento ou reembolso de medicamentos não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (BRASIL, 2011):

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Desse modo, o Poder Legislativo, composto por representantes escolhidos democraticamente pelo povo, firmava a sua posição, no sentido de que o poder público não deve custear tratamentos de saúde que não tenham o aval da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

No dia 19 de setembro de 2011, era protocolado no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 657.718, interposto por Alcirene de Oliveira em face do Estado do Minas Gerais, que teve repercussão geral reconhecida no Plenário Virtual de 18 de novembro de 2011.

Entretanto, o voto do Relator, Min. Marco Aurélio, só foi apresentado no dia 15 de setembro de 2016, desprovendo o Recurso Extraordinário, oportunidade em que o Ministro Roberto Barroso pediu vista. Finalmente, no dia 22 de maio de 2019, o processo foi julgado definitivamente no Tribunal Pleno, com a seguinte ementa:

Ementa: 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. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão

judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. (RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020)

Após uma análise demorada, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento contrário ao art. 19-T da Lei nº 8.080/90, estipulando diversas exceções à vedação legal, como a existência de pedido de registro, mora “irrazoável” da ANVISA em apreciar o pedido, existência de registro em “renomadas” agências de regulação no exterior e inexistência de substituto terapêutico com registro na Anvisa, consoante se observa da seguinte ementa:

Analisando sob a perspectiva finalística, é louvável que a Suprema Corte tenha encontrado um atalho para viabilizar tratamentos de saúde ainda não autorizados pela Anvisa. Entretanto, a

atuação do Poder Judiciário não possibilita a inovação na ordem jurídica, atribuição exclusiva do Poder Legislativo. Ao abordar a questão, Kelsen (2003, p. 153) concebe a atuação da Corte Constitucional como uma espécie de legislador negativo:

Caberia no máximo examinar se o fato de a anulação das leis ser, ela própria, uma função legislativa, não acarretaria certas consequências particulares no que concerne à composição e à nomeação dessa instância. Mas na realidade não é assim. Porque todas as considerações políticas que dominam a questão da formação do órgão legislativo não entram em linha de conta quando se trata da anulação das leis. É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento - e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais -, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional. Portanto os mesmos princípios essenciais que presidem sua constituição são válidos para a organização dos tribunais ou dos órgãos executivos.

Com bastante propriedade, Kelsen faz distinção entre as atividades legislativas e judiciária, pontuando que as considerações políticas que dominam a formação de um órgão legislativo não entram em linha na composição de Poder Judiciário. No mesmo sentido, Bandeira de Mello (2015, p. 327) acentua as razões pelas quais as leis devem emanar do Parlamento:

Deveras, as leis provêm de um órgão colegial – o Parlamento – no qual se congregam várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social, de tal sorte que o Congresso se constitui em verdadeiro cadinho onde se mesclam distintas correntes. Daí que o resultado de sua produção jurídica, as leis – que irão configurar os direitos e obrigações dos cidadãos –, necessariamente terminam por ser, quando menos em larga medida, fruto de algum temperamento entre as variadas tendências. Até para a articulação de uma maioria são necessárias transigências e composições, de modo que a matéria legislada resulta como o produto de uma interação, ao invés da mera imposição rígida das conveniências de uma única linha de pensamento.

Ao ponderar os atributos dos poderes constituídos, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 49) revela que o valor formal dos atos estatais é bem delineado pela Constituição Federal: o Poder Executivo seria caracterizado pela autoexecutoriedade de seus atos, impondo “de modo superior” qualquer manifestação do Estado-poder; ao Poder Legislativo caberia “inovar, de

maneira absoluta, a ordem jurídica”, por meio das leis; o judiciário, por seu turno, seria caracterizado pela irreversibilidade de suas decisões, devido ao “trânsito em julgado da decisão proferida, insuscetível, ao depois, de modificação até pelo próprio julgador”.

No que se refere ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718, Relator para Acórdão Ministro Roberto Barroso, a tese de repercussão geral extrapolou os limites da atuação negativa. Diante da existência de disposição legal expressa vedando o custeio de tratamentos sem registro na Anvisa (art. 19-T da Lei nº 8.080), para decidir de forma contrária caberia à Corte Constitucional, no exercício de seu *mister*, declarar a inconstitucionalidade material do referido dispositivo, anulando a sua eficácia. Entretanto, a técnica não foi adotada:

V. CONCLUSÃO

53. Por todo o exposto, dou parcial provimento ao presente recurso extraordinário, apenas para o fim de determinar o fornecimento do medicamento pleiteado, tendo em vista que, no curso da ação, este foi registrado perante a Anvisa e incorporado pelo SUS para dispensação gratuita. Afirmo, em sede de repercussão geral, a seguinte tese:

- ‘1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
 - (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
 - (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e
 - (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.’

Portanto, a primeira impropriedade da conclusão está em ignorar a existência do art. 19-T da Lei nº 8.080/90. Chega a ser teratológica a existência simultânea de uma lei elaborada pelo Poder Legislativo que veda de maneira absoluta o custeio de medicamentos sem registro na Anvisa e de uma decisão judicial com eficácia vinculante que restringe a sua aplicabilidade, sem adotar nenhuma técnica de julgamento, como a interpretação conforme ou a declaração de inconstitucionalidade parcial sem modificação de texto.

No exercício de sua função institucional, o Poder Judiciário tem o dever dar cumprimento às normas e, somente em caso de inconstitucionalidade, poderá afastar ou reduzir a sua incidência. Tanto assim que o próprio Supremo Tribunal Federal reprimiu essa forma de atecnia ao editar a Súmula Vinculante nº 10, que assim dispõe:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

O enunciado nº 10 da Súmula Vinculante do STF evidencia que, afastar a incidência de uma norma, no todo ou em parte, corresponde a uma declaração de inconstitucionalidade. Por essa razão, decisões de órgãos fracionários que ignoram a existência de leis são tidas como nulas, tendo em vista que é necessária a observância da maioria absoluta de seus membros ou do órgão especial para declará-las inconstitucionais.

Além da violação à própria técnica de jurisdição constitucional, o julgamento do RE nº 657.718/MG também extrapolou os limites da atuação do Poder Judiciário. Ao criar hipóteses não previstas em lei, o julgador atuou como legislador positivo, adentrando em critérios políticos e desconsiderando elementos que provavelmente não constam dos autos, conforme esclarecem Arguelhes e Leal (2011, p. 28-29):

Fazendo uma analogia com o pensamento econômico, os autores observam que, se em certas condições, não é possível atingir o estado de coisas mais eficiente, a máxima eficiência possível não será necessariamente atingida se tivermos o estado inatingível como um “ideal regulatório” e nos pautarmos por ele. O resultado pode ser inferior ao da adoção de uma outra estratégia que, embora em condições ideais não fosse promover a eficiência de forma tão intensa, em condições reais funciona melhor do que a estratégia “ideal” (“first best”). Aplicando esse modelo à função jurisdicional, fica evidente que, em muitos casos, juízes “reais” (operando em condições reais) podem se sair melhor aplicando teorias que não levariam aos resultados mais justos e mais precisos em condições “ideais” (que pressupõem tempo e recursos infinitos, imparcialidade absoluta, capacidade intelectual e conhecimento jurídico sobre-humanos, por exemplo).

Estranhamente, o argumento da capacidade institucional foi mencionado pelo voto do e. Min. Roberto Barroso, assim como foram apresentados dados surpreendentes sobre a repercussão econômica de processos da mesma natureza, que, em 2014, custaram aos cofres da União cerca de

R\$258 milhões para custear a compra de apenas 11 medicamentos (RE 657718/MG. Inteiro Teor. p. 36).

Assim, para atingir uma finalidade social e garantir o acesso a tratamentos de saúde, o Supremo Tribunal Federal ignorou a necessidade técnica de decidir por meio de interpretação conforme ou declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, atuando como legislador positivo, a despeito de carecer de representatividade democrática para tanto.

A atuação do Poder Judiciário é de extrema relevância para a sociedade, especialmente como órgão contra majoritário. Entretanto, em busca de seu desígnio, não pode o magistrado, sob qualquer pretexto, sucumbir às tentações do autoritarismo a ponto de ignorar a técnica decisória e, principalmente, os limites de sua atribuição constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O amadurecimento da teoria da relação jurídica processual e sua vertente instrumentalista colocaram o Poder Judiciário no protagonismo de relevantes temas republicanos. Devido à falta de legitimação democrática, a lei e a Constituição seriam as ferramentas adequadas para a implementação dos valores iluministas. Entretanto, os detentores de poder tendem a cometer abusos.

Em meio a essa realidade, os vieses cognitivos são responsáveis por erros na apreensão dos fatos, provocando uma percepção ilusória. O efeito halo, por exemplo, é responsável pela inversão da relação causal, de modo que as pessoas interpretam os fatos e circunstâncias de acordo a partir da conclusão. O viés finalístico das decisões judiciais é uma realidade preocupante, pois a satisfação com o resultado final do processo torna irrelevante o respeito às garantias processuais e aos próprios limites das atribuições constitucionais.

Desconsiderar a arcabouço normativo para, através da ponderação de interesses, buscar a materialização de um ideal de justiça constitui terreno fértil para o arbítrio e a insegurança jurídica, vícios que assolam os países subdesenvolvidos. É como se na tentativa de equilibrar a balança a Deusa Themis retirasse a sua venda mítica.

No entanto, acomodar interesses não é atribuição do Poder Judiciário e a tendência finalístico pode ter sérias consequências para a integridade do sistema judiciário como um todo.

Ao priorizar a satisfação social em detrimento da imparcialidade e do cumprimento adequado das normas e procedimentos, corre-se o risco de criar um cenário de insegurança jurídica e de autotutela de interesses. A percepção de que as decisões judiciais são influenciadas por interesses particulares ou por pressões externas compromete a credibilidade do sistema e gera desigualdades no acesso à justiça.

É fundamental que os atores do sistema judiciário, sejam eles juízes, advogados, promotores ou membros da sociedade civil, estejam constantemente vigilantes em relação a essas tendências. É necessário promover um ambiente de regularidade processual, técnica de julgamento e observância dos princípios constitucionais, independentemente do resultado do processo.

Além disso, é necessário investir em mecanismos de transparência e controle que permitam a identificação e o combate efetivo de vieses finalísticos nas decisões judiciais. A adoção de boas práticas, como a fundamentação sólida e a análise objetiva dos fatos e do direito, contribui para a construção de um sistema judiciário confiável.

O viés finalístico das decisões judiciais é um desafio a ser enfrentado abertamente, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelas funções essenciais à justiça, pois a falibilidade humana é uma realidade de difícil constatação, especialmente quando encontra abrigo em conceitos vagos e valores elevados. Em meio às incertezas do gênio e às turbulências do espírito, o ordenamento jurídico representa a âncora a que se apoiará a segurança jurídica e a própria humanidade.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** 3ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, v. I.

BRASIL. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Diário Oficial da União: Seção 1, 29/4/2011, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 657718/MG. Tema 500 de Repercussão Geral: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado do Minas Gerais. Relatora p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, 12 de março de 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 10ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2020.

FERNANDEZ, Ramon Garcia. STEINGRABER, Ronivaldo. **A racionalidade limitada de Herbert Simon na Microeconomia**. REVISTA Soc. Bras. Economia Política, São Paulo, nº 34, p. 123-162, fevereiro 2013

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 119 a 210.

RAATZ, Igor. Et ali. **Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, Ano 14, Volume 21, Número 3, Setembro a Dezembro de 2020, p.296-327.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. 6ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

Simon, Herbert A. **Rationality as Process and as Product of Thought**. The American Economic Review 68, no. 2 (1978): 1–16. <http://www.jstor.org/stable/1816653>