



Processos estruturais e diálogos institucionais: por uma dogmática sem dogmas¹

*Structural processes and institutional dialogues: towards a dogmatics
without dogmas*

*Procesos estructurales y diálogos institucionales: hacia una dogmática
sin dogmas*

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues²

Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7141-5452>

E-mail: roberto.aragao.rodrigues@agu.gov.br

Murilo Strätz³

Universidade do Minho (Braga, Portugal)

Universidade de Bordeaux (Bordeaux, França)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8426-2424>

E-mail: murilo.stratz@agu.gov.br

Resumo

O tema da presente investigação envolve a multifacetada relação entre justiça e democracia, com recorte sobre os processos estruturais, tendo por objeto principal o estudo dos diálogos que se estabelecem entre o Poder Judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, e os demais órgãos públicos, bem como os cidadãos e os demais agentes e entidades da sociedade civil. Faz-se inicialmente uma revisão geral da dogmática sobre processos estruturais, com a taxionomia das suas características e a exemplificação de alguns casos que têm chamado a atenção da jurisprudência

¹ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro; STRÄTZ, Murilo. Processos estruturais e diálogos institucionais: por uma dogmática sem dogmas. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v.4, n.2, p. 453-492, jul./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n2.a322>.

² Doutor e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professor Titular de Direito Processual Civil do IBMEC-RJ e da Escola Superior da AGU. Advogado da União. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9023358786952186>.

³ Doutor em Ciências Jurídicas Gerais pela Universidade do Minho (Portugal) e doutorando em Direito Público pela Universidade de Bordeaux (França). Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela UFRJ. Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior da AGU. Advogado da União. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8583752627038082>.

superior. Passa-se, na sequência, a identificar, no modo de julgar do Supremo, aquilo que os estudiosos norte-americanos batizaram de *backlash*, a fim de preparar o leitor para os tópicos seguintes. Investigam-se, por fim, as dinâmicas dialógicas voltadas à resolução de problemas estruturais concretos, apontando-se as suas potencialidades e vulnerabilidades, mediante método dedutivo de análise, associado a técnicas de revisão bibliográfica.

Palavras-chave

Processos estruturais; diálogos institucionais; supremacia judicial; democracia constitucional.

Sumário

1. Introdução. 2. O problema da interpretação judicial no Brasil e seus *backlashes*. 3. Processos estruturais e diálogos institucionais. 4. Estudo de caso: a competência da Justiça Federal em tema de medicamentos (Tema 1.234). 5. Conclusão.

Abstract

The theme of the present investigation involves the multifaceted relationship between justice and democracy, focusing on structural processes. The main object of study is the dialogues established between the Judiciary, particularly the Supreme Federal Court, and other public bodies, as well as citizens and other agents and entities of civil society. Initially, a general review of the dogmatics on structural processes is conducted, with a taxonomy of their characteristics and examples of some cases that have drawn the attention of higher jurisprudence. Subsequently, the study identifies what American scholars have termed 'backlash' in the Supreme Court's mode of judgment, to prepare the reader for the following topics. Finally, the paper examines the dialogical dynamics aimed at resolving concrete structural problems, highlighting their potentialities and vulnerabilities through a deductive method of analysis combined with bibliographic review techniques.

Keywords

Structural processes; institutional dialogues; judicial supremacy; constitutional democracy.

Contents

1. Introduction. 2. The problem of judicial interpretation in Brazil and its backlashes. 3. Structural processes and institutional dialogues. 4. Case study: the competence of the Federal Courts in the field of medicines (Theme 1.234). 5. Conclusion.

Resumen

El tema de la presente investigación implica la relación multifacética entre justicia y democracia, con un enfoque en los procesos estructurales, teniendo como objeto principal el estudio de los diálogos que se establecen entre el Poder Judicial, con énfasis en el Supremo Tribunal Federal, y los demás órganos públicos, así como los ciudadanos y otros agentes y entidades de la sociedad civil. Inicialmente, se realiza una revisión general de la dogmática sobre los procesos estructurales, con la taxonomía de sus características y la ejemplificación de algunos casos que han llamado la atención de la jurisprudencia superior. Posteriormente, se procede a identificar, en el modo de juzgar del Supremo, lo que los estudiosos estadounidenses han denominado *backlash*, con el fin de preparar al lector para los temas siguientes. Finalmente, se investigan las dinámicas dialógicas orientadas a la resolución de problemas estructurales concretos, señalando sus potencialidades y vulnerabilidades, mediante un método deductivo de análisis, asociado a técnicas de revisión bibliográfica.

Palabras clave

Procesos estructurales; diálogos institucionales; supremacía judicial; democracia constitucional.

Índice

1. Introducción. 2. El problema de la interpretación judicial en Brasil y sus retrocesos. 3. Procesos estructurales y diálogos institucionales. 4. Estudio de caso: la competencia de los tribunales federales en el campo de los medicamentos (Tema 1.234). 5. Conclusión.

1. Introdução

Os *processos estruturais*⁴ não constituem espécie autônoma de processo, já que não possuem procedimento próprio; consistem em técnica processual vocacionada a

⁴A origem do instituto (*structural suits*) remonta ao caso *Caso Brown vs Board of Education of Topeka* (1954), que culminou com a dessegregação racial nas escolas americanas. A superação das práticas sociais e estatais que subsidiavam a odiável doutrina acolhida pela Suprema Corte estadunidense no caso *Plessy vs. Ferguson* (1896), exigiria a adoção de uma série de medidas a serem realizadas a longo prazo, bem como a reestruturação do sistema público de ensino dos EUA, já que a segregação racial, já entranhada na estrutura escolar e na cultura do povo norte-americano, não poderia ser abolida de imediato. A transformação dos “sistemas duais de escolas”, com instalações separadas para negros e brancos, em “sistemas unitários de escolas não raciais” demandava uma reestruturação profunda do sistema escolar, mas, ao mesmo tempo, contínua, gradual e progressiva, tendo-se em conta que situações fáticas já consolidadas em vários setores do Estado e da sociedade civil precisam ser desconstruídas gradativamente.

potencializar a efetividade da tutela jurisdicional diante de litígios complexos, entendidos como tais os litígios decorrentes de um contexto multifatorial que os favorece. Sendo complexas e multifacetadas tanto a natureza quanto a etiologia desses litígios, cuja origem é reconduzida a *problemas estruturais* (os quais nem sempre são ilegais em sentido estrito), os processos voltados a solucionar as controvérsias daí advindas exigem decisões judiciais igualmente complexas e multifacetadas, vale dizer, decisões estruturantes, que não se exaurem em apenas um pronunciamento do Judiciário.

Como se vê, as decisões estruturantes, ou estruturais, caracterizam-se por veicular uma série de providências sequenciadas, na medida em que um problema estrutural não pode ser resolvido com uma decisão isolada, estanque e descontextualizada do complexo cenário que o fomenta. É preciso, para tanto, interromper o ciclo vicioso de falhas estruturais que engendram o problema e tratar efetivamente a sua fonte, o que nunca poderá ser alcançado sem uma ação conjunta, permanente e de várias frentes.

É por isso que os processos estruturais se caracterizam, fundamentalmente, pelos seguintes predicados cumulativos: 1) têm por objeto um problema *estrutural*; 2) prestam-se à construção de uma *transição* entre a situação de desconformidade e a situação desejada; 3) consistem em procedimento *flexível* (art. 190 do CPC) e *bifásico*, no qual a primeira fase se ocupa em identificar o estado de desconformidade e em encontrar a solução para o problema, e a segunda fase se volta ao cumprimento das diretrizes fixadas na primeira e à fiscalização das medidas implementadas; 4) prezam pela *consensualidade*, já que os problemas neles tratados quase sempre só se resolvem definitivamente depois da celebração de acordos entre as partes e/ou os agentes/órgãos públicos envolvidos; e 5) manifestam-se, em suas fases iniciais, por decisões judiciais de caráter mais *principiológico*, cujos teores somente passam a impor regras de conduta mais bem definidas à medida que outras decisões vão se

Interessante observar que a Suprema Corte teve de reexaminar o precedente de *Brown vs Board of Education* pouco tempo depois da primeira decisão, diante das dificuldades relatadas pelos diretores das instituições escolares para concretizar as diretrizes do precedente. Houve até a necessidade de que os juízes federais competentes, que passaram a agir como *longa manus* da Suprema Corte nas “decisões em cascata”, determinassem a organização de comitês populares e a nomeação de interventores para acompanhar a implementação das medidas necessárias, auxiliando, assim, o Poder Judiciário a fiscalizar o cumprimento delas. Trata-se sempre de uma justiça com regime de transição. Por fim, também é interessante notar que a segregação racial não era o problema prioritário do movimento negro, mas sim a inferioridade das instalações e da qualidade do ensino praticado nas escolas negras. Para mais detalhes sobre o caso, *vide*: FISS, Owen M. The forms of justice. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 1, p. 2-4, Nov.1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 fev. 2022.

prolatando “em cascata”, o que ocorre em virtude das mudanças de cenário que se vão operando ao longo daquela transição.

Vários são os exemplos de problemas estruturais, sempre a exigirem soluções estruturantes, tais como as questões decorrentes da pandemia de covid-19, os desastres ambientais (a exemplo do ocorrido em Mariana/MG e dos problemas decorrentes do processo de demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol), a insuficiência de vagas em creches/escolas públicas, a regulação de leitos em hospitais públicos, a tensão verificada entre a situação irregular de terceirizados em hospitais públicos *versus* a necessidade de manutenção dos serviços à população, a judicialização de medicamentos de alto custo para doenças raras (RE 566.471, Rel. Min. Luís Roberto Barroso), a falta de acessibilidade aos espaços públicos por pessoas com deficiência, o desrespeito às formas legais de encarceramento e de execução penal no sistema prisional brasileiro (ADPF 347, Redator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso), entre outros problemas que demandam o aperfeiçoamento das políticas públicas em geral.

Tendo por objeto interesses multilaterais, as soluções exigidas pelos processos estruturantes demandam a ação concertada de uma multiplicidade de atores, como bem observa José Maria Rosa Tesheiner:

Uma teoria do processo estrutural passaria por uma construção democrática de direito processual que abarcasse a possibilidade de diálogo entre Poder Judiciário, Poder Executivo, Poder Legislativo e Sociedade Civil, construindo-se a decisão judicial a partir de uma multiplicidade de atores⁵.

Há pelo menos três graus de intervenção judicial no controle de políticas públicas ou na realização de reformas estruturais⁶ pela via dos processos estruturais.

⁵TESHEINER, José Maria Rosa. Prefácio. In: ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix e OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 27.

⁶Owen Fiss define a decisão que impõe uma reforma estrutural (*structural reform*) como o ato adjudicatório que se distingue, em primeiro lugar, por envolver um encontro entre o Judiciário e os demais agentes estatais e, em segundo lugar, por ter como objeto a natureza aberta dos valores constitucionais, tais como a liberdade, a igualdade, a propriedade, o devido processo legal etc. Nas palavras do Catedrático da Universidade de Yale, é por meio de um processo estrutural que o Judiciário se propõe a reestruturar uma organização estatal, a fim de adaptá-la aos valores constitucionais, *verbis*: “*The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted*” (FISS, Owen M. *The forms of justice*. p. 2).

Levando-se em conta a margem de deferência com que as cortes tratam as escolhas das instâncias majoritárias e a autonomia da vontade das partes envolvidas, tais graus vão desde as tonalidades mais “fortes” (ou antidialógicas) até as mais “fracas” (ou deferentes), passando, como não poderia deixar de ser, pelos tons mais moderados e desejáveis, dos quais se destacam os modelos “compartilhados” de intervenção judicial no controle de políticas públicas, conforme bem apontam Flavia Danielle Santiago Lima e Eduarda Peixoto da Cunha França⁷.

Por transcenderem a estrutura tradicional representada pela fórmula *direito-obrigação-violação-reparação*, e por envolverem *múltiplos polos de interesse* – em que nem sempre há definição ou nítida contraposição entre as posições titularizadas pelos atingidos ou grupos envolvidos⁸ –, os litígios estruturais comportam compromissos constitucionais que não podem ser completamente concretizados sem a cooperação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os agentes políticos, as organizações sociais e os próprios grupos vulneráveis objeto das ações e dos processos estruturais.

Partindo-se dessa constatação empírica, cabe aos tribunais em geral, e às cortes supremas, em especial, assumir o desafio de desenvolver as técnicas necessárias para tornar, de um lado, mais *democráticos* e mais *eficientes* os processos estruturais, sem descuidar, de outro lado, dos deveres constitucionais atrelados à plena observância da noção de *rule of law*, cuja configuração assenta no seguinte tripé: 1) respeito à cláusula do *due process of law* (tanto em sua dimensão substantiva quanto procedimental); 2) promoção da *segurança jurídica*; e 3) defesa da *legalidade* (ou, em sua acepção mais ampla, da própria noção de *juridicidade*). É inegável que existem igualmente outros preceitos a serem prestigiados no desempenho dessa desafiadora missão, tais como a isonomia, a separação entre os Poderes e o dever de fundamentação exauriente das decisões judiciais, mas o presente ensaio se debruçará com maior vigor sobre o binômio *democracia-eficiência*, de um lado, e sobre o trinômio *devido processo legal – segurança jurídica – legalidade*, de outro.

⁷LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*: REDP, v. 22, n. 1, p. 350-378, jan./abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.51630>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/51630>. Acesso em: 13 jun. 2024.

⁸VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz, JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). *Processos estruturais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 352-353.

Nem tudo o que é *democrático* e *eficiente* pode ser considerado, necessariamente, *legítimo* do ponto de vista jurídico e do ponto de vista moral. A história é pródiga em ilustrar a existência de regimes autoritários, pautados em valores antiéticos que colocam a dignidade humana a serviço de propósitos autocráticos e desumanizantes, mas que eram, de modo paradoxal, “aceitos” pela maior parte da população e “eficientes” em matar, segregar e perseguir determinados grupos. Com a incorporação pelo direito positivo de grande parte dos valores que, antes da sua positivação, constituíam meros princípios do direito natural, desde meados do século passado⁹, não é mais admissível que práticas tão imorais ainda possam ser consideradas lícitas ou legais em algum Estado de Direito, por mais democráticas e eficientes que elas sejam.

Feitas essas considerações introdutórias, adiantamos que encontrar o ponto juridicamente ideal quanto ao grau de intervenção judicial no controle de políticas públicas, pela via dos processos estruturais, passa a consistir no objeto do presente artigo.

2. O problema da interpretação judicial no Brasil e seus *backlashes*

A hermenêutica, em geral, e a hermenêutica jurídica, em particular, são temas que desafiam e até mesmo angustiam os estudiosos que sobre elas ousam se debruçar mundo afora, desde os exegetas do século XVIII até os hermeneutas pós-modernos. Aqui no Brasil, em tese, isso não seria diferente, já que a interpretação de textos normativos é tarefa cometida aos tribunais, tradicionalmente.

Mas, na prática, tenta-se por vezes criminalizar a interpretação judicial, sobretudo em países de desenvolvimento tardio, como é o nosso caso, na vã – e por que não dizer quixotesca? – tentativa de ignorar a complexidade do fenômeno interpretativo e de submeter o Judiciário às vontades dos representantes eleitos

⁹O marco histórico mais preciso é, naturalmente, o pós-segunda-guerra, momento em que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ocupar a centralidade dos ordenamentos jurídicos na quase totalidade dos países democráticos.

pelo povo (vontades estas que não se confundem, muitas vezes, com as vontades dos representados)¹⁰.

Citamos como exemplo recente o Projeto de Lei nº 4.754/2016¹¹, de iniciativa do Deputado Sóstenes Cavalcante (DEM-RJ) e de outros 22 deputados, que tipificava como crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) “a usurpação de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”.

Consoante o autor da proposição, a previsão legal sobre crimes de responsabilidade é pródiga ao listar os crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, mas lacônica ao fazer o mesmo com os membros do Judiciário. Assim, na visão do proponente, mostrar-se-ia necessário tipificar criminalmente a conduta para conter o *ativismo* do Poder Judiciário, porquanto, em suas palavras, “o Tribunal estaria usurpando as atribuições dos demais Poderes da República”¹².

Tal manifestação legislativa, lamentavelmente apoiada por considerável parte dos membros que compõem a Câmara dos Deputados – o que se deduz pelas declarações públicas dadas por diversos deputados bolsonaristas e pela votação apertada que culminou com o arquivamento do Projeto de Lei na Comissão de Constituição e Justiça –, deu-se como reação dos congressistas da ala conservadora às decisões de caráter mais progressista proferidas por nossa Suprema Corte, ainda que muito bem fundamentadas e consentâneas com o espírito da Carta de 1988. Um dos mais

¹⁰ Indica-se aqui, a propósito do tema da representação popular nas democracias liberais, o seguinte texto do Professor de Direito Público da Universidade de Bordeaux Julien Giudicelli, que filosoficamente aborda a falácia dessa representação: GIUDICELLI, Julien. A ilusão representativa. Tradução de Murilo Strätz. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**: – PGE-RJ, v. 5, n. 1, p. 1-24, jan./abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.46818/pge.v5i1.286>. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/286>. Acesso em: 15 abr. 2023.

¹¹ O Projeto foi felizmente arquivado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. O parecer apresentado pelo Dep. Pompeo de Mattos retratou a tese vencedora, a qual atribui graves defeitos a tal projeto, por considerá-lo, em suma, “extremamente subjetivo e amplo, sem um foco claro no sentido de definir um regramento transparente e específico na relação entre os três poderes” (Inteiro teor disponível em: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.754, de 16 de março de 2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 25 jan. 2022.

¹² E, sobre o alegado ativismo judicial, o Deputado destacou, *verbis*: “Este ativismo, se aceito como doutrina pela comunidade jurídica, fará com que o Poder Judiciário possa usurpar a competência legislativa do Congresso. Não existem atualmente, por outro lado, normas jurídicas que estabeleçam como, diante desta eventualidade, esta Casa poderia zelar pela preservação de suas competências. De onde decorre a importância da aprovação deste projeto” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.754, de 16 de março de 2016**. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node05ado8domwrqr1s7tt7pf44wuw27791720.node0?codteor=1443910&filename=PL+4754/2016. Acesso em: 18 fev. 2024).

emblemáticos exemplos foi a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, nas quais se reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Mariana Barsaglia Pimentel discorre sobre o dissenso que tal aresto provocou tanto no seio da sociedade civil quanto nas instituições estatais, gerando, como uma de suas respostas, a iniciativa de aprovação do Estatuto da Família¹³.

Curial esperar-se que grandes mudanças de cenário promovidas pelos tribunais, ainda que benéficas à coletividade, garantidoras de direitos fundamentais e sintonizadas com os preceitos constitucionais, encontrem resistência institucional ou, no mínimo, corporativa de membros de outros Poderes e de certos segmentos da sociedade civil. Tal reação é conhecida pelo termo anglófono *backlash*¹⁴.

Se tais reações já ocorrem – ou, pelo menos, são esperadas – em decisões de natureza constitucional que nem sequer podem ser consideradas estruturantes, não nos surpreende que os veredictos proferidos em processos estruturais causem, com muito mais razão, reações institucionais ainda mais evidentes.

Com efeito, para toda, ou quase toda, ação de um Poder do Estado há uma reação institucional. Dessa forma, certas ações ou comportamentos judiciais podem desencadear reações ou respostas, sejam legislativas, sejam executivas. E isso ocorre tanto aqui quanto em outros países, mas no Brasil as reações costumam ser mais duras, pois, além de se dirigirem à instituição judiciária em si, por vezes miram pessoalmente os seus membros.

Aquele Projeto de Lei padecia de vícios tão graves que poderiam dar azo à tipificação do que Rui Barbosa denominava, há mais de um século, de “crime de

¹³ PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de informação legislativa*, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/rii/edicoes/54/214/rii_v54_n214_p189. Acesso em: 10 jan. 2024.

¹⁴ O termo se disseminou pela comunidade jurídica a partir da década de setenta, com o caso *Roe x Wade*, no qual a Suprema Corte norte-americana legalizou o aborto nos EUA, em 1973, indo além do pedido formulado pelas partes (que controvertiam apenas sobre a autorização do aborto nos casos de gravidez resultante de violência contra a mulher). O *backlash* é, desde então, visto por alguns como uma reação sadia, apta a fomentar o debate social, a democracia e o pluralismo, tal como o entendem Robert Post e Reva Siegal; já para outros, como Cass Sunstein, tal reação costuma ser malfazeja, à medida que pode encorajar um retrocesso jurídico, a dar-se em detrimento de certos direitos já conquistados. Sobre os argumentos favoráveis ao *backlash*, vide: POST, Robert; SIEGAL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlash*. *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, n. 42, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 13 jun. 2024. E sobre os argumentos desfavoráveis ao *backlash*, vide: SUNSTEIN, Cass R. *Backlash's travels*. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 157, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=970685. Acesso em: 12 jan. 2024.

hermenêutica”¹⁵, dada a vagueza da previsão nele encetada (“usurpação de competência legislativa ou executiva por parte do Judiciário”). Em razão disso, tal projeto foi, acertadamente, glosado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da Câmara dos Deputados, que se manifestou por sua rejeição, porém, em votação apertada (33 votos contrários à proposta, e 32 favoráveis).

Outra posição não era mesmo de se esperar da Comissão – apesar de a diferença de apenas um voto surpreender até mesmo os juristas mais críticos à postura do STF. Tratava-se de guardar coerência com o disposto na Lei nº 13.869/2019, que disciplina a responsabilidade dos magistrados em caso de abuso de autoridade, cujo artigo 1º, § 2º, ressalva que “[A] divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”¹⁶. Deve também ser ressaltado que a lei atual, cuja importante ressalva o Projeto não poderia ter desconsiderado, representa nítida evolução em relação à previsão contida, por exemplo, no antigo Código Penal de 1890 dos então chamados Estados Unidos do Brasil, promulgado pelo Decreto nº 847/1890, que criminalizava a conduta do funcionário que, por sentimento pessoal (tipo penal intitulado prevaricação), julgasse ou procedesse contra *literal disposição de lei*¹⁷. Quanto a este ponto, vale acrescentar que o próprio Código de Processo Civil de 2015, ao prever as hipóteses de cabimento da ação rescisória, reviu a oração “violar literal disposição de lei”, utilizada no artigo 485, V, do Código de 1973, para substituí-la pela oração “violar manifestamente norma jurídica”, tal como consta da redação do atual artigo 966, V, dada a impertinência de resgatar, em pleno século XXI, o uso do argumento da *literalidade* (ao menos em sentido forte, na acepção de *literalismo radical*), no sentido que lhe atribuíam os exegetas do século XVIII.

Despiciendo observar que a defesa hermenêutica do *literalismo radical* res-pira por aparelhos desde os estertores do século XIX. Não obstante, o *literalismo*

¹⁵ Dissecando a estrutura típica do “*novum crimen*”, Rui Barbosa sublinhou, na bem-sucedida defesa que fez perante o Supremo Tribunal de um juiz brasileiro acusado de desrespeitar a hierarquia judiciária na interpretação da lei, a importância da irresponsabilidade judicial na interpretação do Direito escrito (BARBOSA, Rui. O júri e a independência da magistratura: Revisão Criminal n. 215. In: BARBOSA, Rui. **Posse de direitos pessoais, O júri e a independência da magistratura**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 227-229. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 23, t. 3, 1896). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/182>. Acesso em: 13 jun. 2024).

¹⁶ Inteiro teor disponível em: BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em 18 fev. 2024.

¹⁷ “Art. 207. Cometerá crime de prevaricação o empregado publico que, por afeição, odio, contemplação, ou para promover interesse pessoal seu: 1º. Julgar, ou proceder, contra litteral disposição de lei; [...]” (Inteiro teor disponível em: BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Brasília: Presidência da República, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024).

moderado não deixa de ainda possuir um certo valor acadêmico. A crítica que, com base nele, se faz aos *antiliteralistas radicais* é que certas previsões legais, por vezes, não são consideradas sequer como um necessário “ponto de partida” para a interpretação e a consequente fundamentação judicial. Para Tecla Mazzarese, a utilidade da interpretação *literal* é justamente a de servir de *ponto de partida* para o ato de interpretar¹⁸. Acrescentaríamos, a esta, outra utilidade da técnica literal (enquanto mera ferramenta da interpretação, e não ainda o seu produto final ou resultado), que é a de oferecer também *limites semânticos* mínimos ao intérprete, já que os signos gramaticais não podem ser de todo desprezados.

As palavras importam, sim, e até mesmo ostentam uma certa “autonomia semântica”¹⁹, por mais que a consideração do contexto pelo intérprete seja sempre essencial. Como corolário disso, pode-se dizer, com Frederick Schauer, que, diante de um problema jurídico, a linguagem legal pode fornecer, por si só, uma resposta plausível, uma resposta ruim ou mesmo não oferecer resposta alguma, a depender do caso. A terceira hipótese é a menos usual²⁰.

Nesse sentido, tendemos a nos filiar à corrente do *literalismo moderado*, pois, não desprezando o fato de que a interpretação literal está longe de ser um *ponto de chegada* na extração do conteúdo de um texto, concordamos com o fato de que ela é, no mínimo, um *relevante ponto de partida*, a ser sempre cotejado com outros pontos de partida, linguísticos e não linguísticos, de modo que todos eles estejam devidamente situados nos contextos geral e específico em que é inserido o objeto interpretado. Devem também ser levadas em conta, de outro lado, a historicidade e as pré-compreensões de sentido compartilhadas pela comunidade linguística, das quais

¹⁸ MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 23, p. 622, 2000. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.22>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-interpretacion-literal-juristas-y-linguistas-frente-a-f>. Acesso em: 13 jun. 2024.

¹⁹ Frederick Schauer afirma que a linguagem carrega consigo mesma certos conteúdos semânticos ordinários, apesar do uso excepcional, figurado ou extraordinário que certas pessoas possam fazer dela em ocasiões particulares (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. New York: Oxford University Press, 1991. p. 58).

²⁰ E Schauer observa ser raro que o significado literal das palavras contidas na lei não seja suficiente para determinar o resultado final da solução jurídica, já que a maioria das disputas enquadra-se no conceito de “casos fáceis”, *verbis*: “If the words of the law provide a sensible solution to a problem or a dispute, even if not the only sensible answer, it is rare for the literal meaning of the words not to determine the legal outcome. Indeed, such cases are unlikely to be disputed, and, if disputed, unlikely to be litigated, and, if litigated, unlikely to be appealed. Lawyers often talk of hard cases, but there are many easy cases as well. 22 When the language of a statute is clear and produces a sensible result, we have an easy case of statutory construction. In such cases, the sensible resolution provided by the words of the statute alone will normally be dispositive” (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p. 157).

o intérprete não pode também jamais se descurar. A partir dessas premissas, conclui-se que o ato de interpretar não é assim tão livre e desprovido de amarras quanto os *antilateralistas* radicais supõem. Há, pelo menos em relação à interpretação judicial, “constrangimentos substantivos”²¹, para nos valermos de uma expressão cara a Hart.

Porém, para não fugirmos ao escopo do presente ensaio, encerramos este tópico concluindo pela evidente ilegitimidade de qualquer iniciativa legislativa voltada a criminalizar a interpretação judicial ou a contorná-la pelos demais Poderes, sob pena de tipificar-se o *delito de exegese*, por maiores que sejam os *backlashes* causados pela ativa e independente atuação do Supremo no desempenho da sua grave missão constitucional.

Nesse sentido, também nos parece ser ilegítima – e certamente será censurada pelo STF no momento oportuno, caso seja aprovada pela Câmara dos Deputados – a mais recente tentativa esboçada pelo Congresso Nacional de intimidar a Corte Constitucional, agora substanciada na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 8/2021, aprovada pelo Plenário do Senado em novembro de 2023, que pretende interferir no modo de funcionamento da Corte²². A dinâmica decisória do Supremo apenas a este pertence, não cabendo a nenhum outro Poder arvorar-se na prerrogativa de reformular a maneira pela qual os seus Ministros decidem, na medida em que o *modus decidendi* é assunto *interna corporis* da Casa de Justiça.

Esta última investida do Legislativo em face do Supremo nos parece uma reedição da malfadada PEC nº 33/2011, a qual foi devidamente arquivada em 2015 pela Câmara dos Deputados, após ter sido inadvertidamente aprovada por sua Comissão de Constituição e Justiça. Apesar das sofisticadas críticas feitas por Juliano Zaiden Benvindo²³ ao fato de a “última palavra” caber ao Supremo, mormente em conflitos

²¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. 2. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 336.

²² A referida PEC altera a Constituição Federal para dispor sobre pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Após aprovada pelo Plenário do Senado, a PEC foi encaminhada à Câmara dos Deputados, conforme andamento legislativo disponível em: BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pec-8-2021>. Acesso em: 18 fev. 2024.

²³ O crítico afirma, com apoio no constitucionalismo popular de Waldron e Tushnet, que o local para debate sobre desacordos entre direitos insere-se melhor no ambiente do Legislativo do que no das cortes judiciárias, as quais dispõem de menor coeficiente de legitimidade democrática que o parlamento. Benvindo insurge-se, em verdade, contra a própria construção argumentativa segundo a qual algum Poder seria o “detentor da última palavra” (BENVINDO, Juliano Zaiden. A ‘última palavra’, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 79-81, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em: 13 jun. 2024). No

institucionais, levando o autor a enaltecer os pilares nos quais aquela PEC arquivada se decompunha – como a submissão de certas decisões do STF ao referendo do Congresso Nacional, o aumento do quórum para determinados pronunciamentos e a restrição aos efeitos vinculantes de sua Súmula –, entendemos que o princípio da Separação dos Poderes não permite que as interpretações constitucionais feitas pelo Supremo possam ser glosadas por outro Poder da República.

3. Processos estruturais e diálogos institucionais

Ao longo do presente trabalho, evitaremos o emprego da já desgastada expressão *ativismo judicial*, uma vez que, a par de plurívoca e um tanto distorcida pelo uso ideológico que dela fazem os críticos de certas decisões judiciais, a expressão contém um ranço pejorativo que não se coaduna com o rigor técnico exigido de uma produção acadêmica.

Com efeito, o rótulo do *ativismo* tanto pode ser utilizado para enaltecer o órgão a que se refere (*vide* a Corte Warren, por exemplo, considerada *ativista*, mas muito elogiada por ser protagonista em um período de decisões progressistas do constitucionalismo estadunidense), quanto pode ser utilizada para desqualificar um órgão judicial, atribuindo-lhe a pecha de decisionista, voluntarista ou solipsista. Em regra, este último sentido é o mais corrente, sobretudo quando o termo é utilizado pelos partidários de uma postura judicial mais minimalista, textualista e autor-restritiva. Originado nos Estados Unidos da América, o termo *ativismo* designava, à primeira vista, um comportamento salutar da Suprema Corte norte-americana, voltado apenas a suprir as lacunas indesejáveis deixadas pelos demais Poderes, cujo não preenchimento, pelo Tribunal Constitucional, acabaria por legitimar uma recusa institucional à proteção realmente efetiva dos direitos fundamentais. Porém, o expansionismo desmedido da jurisdição constitucional e o abandono da postura de *self-restraint* por algumas cortes contribuíram para moldar o sentido mais pejorativo que o termo assume nos dias de hoje²⁴.

ponto divergimos, porém, do referido professor da UnB, pois entendemos ser uma exigência da própria noção de segurança jurídica, em prol do jurisdicionado, saber-se, de antemão, qual órgão de estado é o incumbido de resolver definitivamente sobre eventuais controvérsias.

²⁴Para uma visão mais profunda sobre a história e os empregos mais usuais da expressão *ativismo judicial* nos EUA, *vide*: KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, Oct./2004.

Ao uso do termo ativismo, preferimos a compreensão de que as decisões incidentes sobre temas geradores de *desacordos morais razoáveis* são mais bem estudadas no dinâmico campo dos diálogos institucionais do que na estática seara da mera aplicação da lei, a qual ingenuamente identifica no preceito normativo o produto pronto e acabado da interpretação.

E, transportando-se essa compreensão epistêmica para o estudo dos processos estruturais, a utilidade da teoria dos diálogos institucionais torna-se ainda mais evidente, ao menos para os juristas que se propõem a fazer análises seguras sobre os efeitos sistêmicos de certas decisões judiciais, mormente as de caráter estruturante.

Robert Alexy explica que a atividade jurisdicional não tem apenas um caráter proposicional ou discursivo, mas também um aspecto *institucional*, que é fundado na autoridade do tribunal competente para decidir. Problemas de ordem hermenêutica, derivados de *desacordos morais razoáveis*, costumam ocorrer quando as autoridades judiciais competentes valem-se de sua posição institucional para veicular, em suas decisões, “argumentos não institucionais”²⁵.

Tais argumentos – em regra lastreados em fundamentos morais, pragmáticos ou éticos – acabam sendo usados por magistrados como discursos não apenas de *aplicação* ou *justificação*, mas também de *fundamentação*, em suas decisões²⁶. Ao abarcar juízos tanto de *subsunção* quanto de *ponderação*, a *pretensão alexyana de correção* envolve, como se vê, aspectos de revisão da lei positiva que vão muito além da sua mera “interpretação conforme” ou da declaração pura e simples de inconstitucionalidade, com ou sem redução de texto.

Confere-se aos juízes, com isso, um poder de criar normas frontalmente contrárias às promulgadas pelo legislador e até mesmo pelo próprio constituinte, desde que tal poder criativo obedeça a contornos procedimentais e tenha características *discursivas*²⁷. Entretanto, por mais *discursivo* que possa teoricamente ser esse procedimento judicial de criação de normas – e na prática raramente o é –, não é difícil

²⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 318-320.

²⁶ Alexy afirma, a propósito, que “a distinção entre a fundamentação e a aplicação de uma norma pode contribuir somente pouco para o problema, tão central no estado constitucional democrático, da delimitação das competências do legislativo daquelas do poder judicial” (ALEXY, Robert. Prefácio. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11).

²⁷ ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. In: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

imaginar as situações teratológicas que podem ser geradas a partir do uso desenfreado desses “discursos de fundamentação” na criação de premissas por juízes e tribunais. García Amado bem ilustrou, em palestra realizada em 18 de novembro de 2021²⁸, um dos absurdos que tal poder pode ensejar, dando o exemplo da utilização, em processo criminal e com posterior autorização judicial, de prova ilícita em desfavor do réu, o que é constitucionalmente vedado, por mais nobres moralmente que sejam as intenções do órgão julgador.

Assim, além do poder de justificar a *aplicação* de uma norma geral ao caso concreto mediante “discursos de aplicação”, o juiz passa também a ter o poder de criar novos fundamentos para tanto, a dar-se por meio de “discursos de fundamentação normativa”²⁹.

Portanto, segundo Alexy, todo discurso de aplicação acaba por contemplar um discurso de fundamentação. Ao desconsiderar ou, no mínimo, reformular os mandamentos normativos que deveriam servir de premissas ao raciocínio jurídico, tal discurso de fundamentação realizado pelo juiz em substituição à fundamentação normativa já emanada do legislador, carece de fundamento válido de legitimidade. Com efeito, se, por um lado, a Constituição garante ao Judiciário papel primordial na aplicação do Direito, de outro lado, ela também deixa clara a especial proteção que consagra aos princípios da legalidade, da Separação dos Poderes, do Estado de Direito (*Rule of Law*), da liberdade, da isonomia, da segurança jurídica e do devido processo legal, entre outros.

Essa é a tensão, já abordada no tópico 1, que se observa na confrontação entre o binômio *democracia-eficiência*, de um lado, e o trinômio devido *processo legal – segurança jurídica – legalidade*, de outro. São as arestas resultantes dessa contraposição que o presente ensaio busca aparar.

E é aqui que os *diálogos institucionais* passam a desempenhar, nessa primeira quadra do século XXI, papel relevante enquanto tentativa orgânica de se estabelecer um consenso racional entre a normatividade prévia da legislação em abstrato e

²⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. O fim da ponderação e o retorno ao positivismo jurídico. In: FÓRUM NACIONAL DOS CENTROS DE ESTUDOS E ESCOLAS DAS PGES e PGDF. *Ciclo de Capacitações “TGD & Filosofia do Direito”*. [S.l.]: FONACE, 2021. 1 vídeo (2:05:40). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=10S4VOrGSwI>. Acesso em: 13 jun. 2024.

²⁹ ALEXY, Robert. Fundamentação de normas e aplicação de normas. In: ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 59.

a normatividade concreta diante dos conflitos de interesses que são submetidos à apreciação judicial.

É nas decisões de última instância da Suprema Corte de cada país que a tensão entre democracia deliberativa e jurisdição constitucional costuma encontrar seu pináculo.

A interpretação das cláusulas gerais e dos princípios contidos na Constituição – grande parte dos quais vazados em linguagem com textura acentuadamente aberta – costuma despertar desacordos morais razoáveis e, por isso, ser objeto de disputas ideológicas acirradas.

É na Constituição que o Direito e a Política encontram o ponto mais formal de convergência entre as aspirações mais elementares de um povo e as restrições mais estruturantes impostas por sua cultura jurídica, entre as quais se inserem, por exemplo, as vedações a penas de morte, cruéis ou degradantes (ainda que considerável parcela da população se declare contrária a tais vedações), bem como a proteção intransigente dos direitos humanos (ainda que considerável parcela da população se declare contrária a eles, como se se tratasse de uma mera benesse concedida pelo Estado a criminosos), das liberdades em geral e do devido processo legal.

Não são poucos os segmentos sociais que acusam o texto constitucional de ser excessivamente libertário, de conceder direitos demais (sobretudo os de natureza social e aqueles que veiculam prerrogativas processuais dos acusados) e de tratar com desmedido laxismo os condenados pelo sistema penitenciário e os presos em geral. Tais acusações – obviamente levianas – não poupam nem mesmo magistrados e órgãos judiciários que, em vez de agirem como *justiceiros*, “ousam” aplicar os direitos e as prerrogativas previstos no texto constitucional, como se este pudesse ser derrogado por decisões judiciais.

Boa parcela dos parlamentares – formada sobretudo pelos representantes eleitos em outubro de 2022 sob o influxo do bolsonarismo – reverbera, no Congresso Nacional, as vozes reacionárias de seus representados e exige que o Judiciário brasileiro em geral e o Supremo Tribunal Federal, em particular, deixem de aplicar dispositivos constitucionais e legais dos quais os eleitores mais conservadores (situados em regra mais à direita do espectro político) não sejam simpatizantes.

A partir da tensão verificada entre tais setores e a cúpula do Judiciário, instala-se uma crise de legitimidade da Corte Constitucional perante boa parcela

do eleitorado, que passa a não mais respeitar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a até mesmo atacar a Corte e seus Ministros. Além dos já numerosos episódios de Ministros sendo hostilizados em frente de suas casas, em aeroportos e nas ruas por eleitores de Bolsonaro, citam-se os trágicos ataques sofridos pelo STF em 8 de janeiro de 2023 na praça dos Três Poderes, em Brasília, ocasião em que centenas de vândalos e golpistas, descontentes com o resultado da eleição presidencial e com as últimas decisões do Pretório Excelso e do Tribunal Superior Eleitoral, invadiram o edifício-sede da Justiça e destruíram praticamente todas as suas instalações, além de cadeiras, mesas e togas dos Ministros encontradas em seus gabinetes e no Plenário da Corte. Nem mesmo as obras de arte que ornamentavam aquele prédio histórico, como o valioso quadro da artista brasileira Tarsila do Amaral, foram poupadas pelos *haters*, o que trouxe danos materiais de altíssima monta e irreparáveis prejuízos ao patrimônio histórico-cultural nacional. Em resposta a tal evento devastador, o Supremo lançou a campanha #democraciainabalada³⁰, iniciativa que foi agraciada na 10ª edição do evento “Prêmios Lusófonos da Criatividade”³¹.

O diálogo com o Congresso Nacional, cujas instalações também foram duramente depredadas na fatídica tentativa de golpe de Estado, e com o Poder Executivo nunca foi tão necessário para mitigar a grave crise de legitimidade pela qual infelizmente passa o Judiciário brasileiro.

A teorização sobre *diálogos institucionais* remonta aos Estados Unidos da América (EUA) da década de 1960, ocasião em que Alexander Bickel, com sua obra seminal intitulada *Supreme Court and the idea of progress*³², propugnou academicamente a tese de um “*continuing colloquy*” entre os três órgãos responsáveis pelas principais funções do Estado. De acordo com contextualização histórica relatada na tese de doutoramento defendida por Miguel Godoy, Bickel teria sido um dos primeiros autores que buscou conferir maior legitimidade democrática às decisões judiciais sobre controvérsias morais, revisando o conceito de supremacia judicial

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF lança campanha Democracia Inabalada em resposta aos ataques de 8 de janeiro: entre 17 de janeiro e 1º de fevereiro, vídeos e posts serão exibidos para destacar que a democracia e a Suprema Corte saem fortalecidas dos episódios criminosos. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 17 jan. 2023. Notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500663&ori=1>. Acesso em 20 mar. 2023.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Campanha #democraciainabalada do STF é premiada em Portugal: Decano da Corte, ministro Gilmar Mendes, retirou o prêmio e o entregou à ministra Rosa Weber. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 3 maio 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506665&tip=UN>. Acesso em: 4 maio 2023.

³² BICKEL, Alexander M. **Supreme Court and the idea of progress**. New York: Harper & Row, 1970.

e, em consequência, trazendo à reflexão da comunidade jurídica a necessidade de refrear eventuais excessos decisórios das Supremas Cortes em assuntos políticos. E o caminho, para tanto, seria um comportamento judicial pautado na virtude da *prudência* e lastreado em *princípios*, o que diferenciaria a Suprema Corte, enquanto “animal político” que também é, tanto do Parlamento quanto do Executivo³³.

Sabe-se que nos EUA concorrem entre si pelo menos três grandes correntes de pensamento, no que tange à interpretação judicial, as quais podem ser classificadas em: 1) *interpretativismo* (a considerar que há um dever de fidelidade literal dos órgãos judiciais em relação aos textos jurídicos que lhes cabem interpretar, a abranger tanto o *textualismo* quanto o *originalismo*); 2) *não interpretativismo* [a sustentar: 2.1) uma interpretação evolutiva; 2.2) uma leitura moral da Constituição; e 2.3) um pragmatismo jurídico]; e 3) *constitucionalismo popular*: a defender que os tribunais sejam afastados da tarefa de interpretar a Constituição, valorizando-se, assim, os ambientes públicos de deliberação pública para além das barras das cortes judiciais³⁴.

A aplicação dos *diálogos interinstitucionais* parece encontrar terreno mais fértil na segunda e na terceira vertentes teóricas vistas acima, mas isso não impede tal aplicação de produzir bons frutos também em outros desenhos judicialiformes, ainda que mais afinados com a tese da *supremacia judicial*, como é o caso do modelo brasileiro.

O legislador nacional, inspirado tanto nos teóricos estadunidenses dos diálogos institucionais³⁵ quanto na perspectiva pluralista defendida na Alemanha por Peter

³³ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 108-112. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 18 fev. 2024. Godoy também aponta que, segundo Bickel, a Suprema Corte pode decidir “não decidir”, com vistas a, assim, incentivar, ainda que por via oblíqua, processos deliberativos na sociedade, de modo a que sejam construídos novos consensos sobre certas divergências observadas acerca de princípios muito disputados nos meios sociais.

³⁴ Um dos principais expoentes do constitucionalismo popular é Mark Tushnet, com a obra: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. Nela, Tushnet afirma categoricamente, já na pág. 6, que o significado da Constituição não coincide necessariamente com a opinião que a Suprema Corte tem sobre o texto constitucional, *verbis*: “*What the Constitution means is not necessarily what the Supreme Court says it means*”.

³⁵ Após a obra pioneira de Alexander Bickel, já referida acima, inúmeros estudos começaram a ser feitos acerca do instituto dos *diálogos institucionais*, com destaque para a obra publicada por Louis Fisher em 1988 e, quase duas décadas mais tarde, para o artigo que sistematiza os diálogos em categorias (diálogos em perspectiva empírica x diálogos em perspectiva normativa), de autoria de Christine Bateup, publicado em 2006, quais sejam, respectivamente: 1) FISHER, Louis. **Constitutional dialogues**: interpretation as political process. Princeton, N.J.: Princeton University Press, c1988; 2) BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 18 fev. 2024. Adrian Vermeule também fornece

Häberle³⁶, permeou nossos diplomas legais de dispositivos voltados a estimular uma crescente participação popular do processo decisório nos tribunais, seja por meio da atuação dos *amici curiae*³⁷, seja mediante audiências públicas³⁸. Mas as contribuições trazidas pelos diálogos institucionais, tanto formais quanto informais, não se exaurem por aí. O emprego cotidiano de técnicas dialógicas entre as funções estatais e, sobretudo, entre estas e a sociedade civil, pode contribuir para mitigar diversos outros tipos de tensão observados na jurisdição em geral, aqui incluída a infraconstitucional, para além, portanto, da interpretação exercida pela Suprema Corte sobre o texto da Carta Magna.

Tanto isso é verdade que o Constituinte derivado brasileiro já criou o “instituto da relevância da questão federal”³⁹ para recursos direcionados ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à interpretação das leis federais, bem como dos tratados e das convenções internacionais. Ao interpretar a lei, os pronunciamentos qualificados do STJ ostentam caráter vinculante para os demais tribunais,

uma perspectiva digna de nota neste livro: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge, MA, Harvard University Press, 2006. p. 153 e ss. E, ao lado de Cass Sunstein, Adrian Vermeule já havia abordado o tema neste artigo coautorial: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 156, p. 1-55, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em: 18 fev. 2024. Para um panorama geral acerca dos principais estudos norte-americanos sobre a temática *diálogos institucionais*, vide: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

³⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: S.A., 1997.

³⁷ Citam-se como exemplos de previsão legal do *amicus curiae* os artigos 7º, § 2º, e 18 da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 13 jun. 2024), bem como o artigo 138 do Código de Processo Civil (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 jun. 2024).

³⁸ Citam-se como exemplos de previsão legal da audiência pública os artigos 9º, §§ 1º e 2º, 12-E, § 1º, e 20, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.868/1999, bem como os artigos 983, § 1º, e 1.038, II, do CPC, e, ainda, o artigo art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 (BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 jun. 2024).

³⁹ Trata-se da inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 125/2022, que deu nova redação ao artigo 105 da Constituição, incluindo-lhe o § 2º, para incluir o requisito recursal da demonstração, pelo recorrente, da “relevância da questão federal”, para a interposição de recursos especiais destinados ao STJ, *verbis*: “§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024).

haja vista que a Constituição atribuiu a essa Corte Superior a grave competência de uniformizar, para todo o território nacional, a interpretação da legislação federal infraconstitucional, o que é confirmado pelo artigo 927, III e IV, do CPC.

No exercício desse importante mister, caberá ao STJ a tarefa, que paralelamente já cabe ao STF no plano da interpretação constitucional, de dialogar com a sociedade em geral e com os demais Poderes da República, em especial, sobre a melhor interpretação a prevalecer sobre os textos normativos de natureza legal, a qual deverá ser, na medida do possível, replicada pelas demais cortes brasileiras nos processos de suas respectivas competências.

Assim, mais do que simplesmente impor sua interpretação aos jurisdicionados, aos tribunais inferiores e à comunidade jurídica em geral, caberá aos Tribunais Superiores, com destaque para o STF e o STJ, dialogar com os representantes da sociedade e chegar a um *consenso* sobre o significado, respectivamente, das normas constitucionais e legais.

O problema que daí adviria, segundo poderiam alertar alguns observadores mais atentos à ortodoxia que a supremacia judicial impõe a todos quando se trata de interpretar textos normativos, diz respeito à possibilidade de *interpretações negociadas*, cujo teor se distancie das melhores técnicas interpretativas.

Suponhamos que um tribunal, após dialogar com representantes dos Poderes Legislativo e Executivo, entre em acordo com estes sobre uma determinada interpretação de artigo de lei que veicule prerrogativa processual das partes em juízo. Assim, a partir de argumentos consequencialistas, corporativistas ou pragmáticos em geral, apontando a dificuldade de se colocar em prática a fruição de certo direito de natureza processual, a Corte entende por bem flexibilizá-lo a partir de fundamentos contranormativos. Imagine-se no exemplo da *audiência de custódia*. Após *lobby* da bancada policial junto ao Congresso Nacional e à Presidência da República, representantes das categorias policiais, quase sempre descontentes com a exigência legal e insuperável de realização de audiências de custódia para toda e qualquer pessoa presa, conseguem convencer os membros do tribunal a torná-la desnecessária para certas hipóteses legais.

Em tal exemplo, por mais consensual e dialógica que tenha sido a interpretação judicial assim formada, não há como admitir-se a sua validade jurídica, ao menos sem que se violem os princípios da legalidade e do devido processo legal.

Esse singelo exemplo demonstra que a utilização das técnicas proporcionadas pelos diálogos institucionais, embora recomendável, não atesta, por si só, a correção material da interpretação jurídica daí decorrente.

Aliás, nenhum método, por mais seguro que seja, representa garantia absoluta de decisões tecnicamente perfeitas ou acima de qualquer suspeita, haja vista que a prolação de decisões judiciais corretas – no sentido do maior grau possível de correção material que elas buscam alcançar – é um fenômeno extremamente complexo e depende, portanto, de inúmeros fatores, os quais vão até mesmo além da honestidade e da mera capacidade técnica da autoridade prolatora. E tal complexidade ganha contornos ainda mais notórios quando se trata de decisões estruturantes, tal como se verá em exemplos práticos no próximo tópico.

Quanto às aptidões cognitivas do órgão julgador, a noção de “capacidades institucionais”⁴⁰ fornece elementos interessantes para refrear o ímpeto de alguns setores judiciários de tentar substituir, pela discricionariedade judicial, a discricionariedade técnica que a lei relega a outros órgãos e/ou agentes públicos. Isso se dá, sobretudo, em temas específicos e tecnicamente áridos, cujos conflitos costumam ser dirimidos pelas agências reguladoras, as quais detêm *expertise* legalmente reconhecida para discipliná-los, sem prejuízo, no entanto, do princípio constitucional da inafastabilidade

⁴⁰Embora o tema da tensão entre o Judiciário e as agências reguladoras já tenha sido objeto de ponderações acadêmicas anteriores por parte de outros autores norte-americanos, dos quais se destaca Lon Fuller (FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgrsh/Fuller.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2024), o termo *institutional capacities* foi cunhado por Cass Sunstein e Adrian Vermeule em texto publicado em 2002. Nele, os autores tentam sistematizar, pela primeira vez, a noção de que os juízes nem sempre são as autoridades mais capacitadas para decidirem questões policêntricas e de caráter marcadamente técnico. De outro lado, criticam a ideia – que consideram ingênua – de que técnicas ou ferramentas teóricas puramente abstratas possam contribuir para resolver disputas interpretativas sobre questões práticas, tais como, por exemplo, se os tribunais podem afastar um determinado dispositivo legal que bane a introdução em alimentos de corantes que causem câncer. Ora, por meio desse exemplo, os autores sublinham os efeitos dinâmicos e as capacidades das instituições envolvidas no tema para resolverem eventuais conflitos, seja definindo o que se deve entender por substância carcinogênica, seja avaliando os graus de risco atribuídos a cada uma delas, sem ter de recorrer, necessariamente, a cânones interpretativos tradicionais, como os métodos literal, teleológico, sistemático etc., haja vista que estes pouco ou quase teriam a contribuir em uma discussão técnica sobre saúde pública e segurança alimentar desse jaez. Afirmam que uma teoria da interpretação que negligencie esses aspectos deve ser considerada incompleta, uma vez que “*an appreciation of institutional capacities and dynamic effects is a necessary part of any theory of legal interpretation*”; não obstante, reconhecem que o tema das capacidades institucionais sempre passou ao largo das grandes teorias hermenêuticas, o que as torna, infelizmente, insuficientes para dar conta dos verdadeiros conflitos suscitados pela interpretação de textos legislativos na prática (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*).

do controle judicial, plasmado no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna⁴¹, o qual não deve jamais ser negligenciado.

Nesses casos, a autocontenção judicial presta reverência às *capacidades institucionais* de outros órgãos e revela uma salutar atitude de humildade técnica em relação a temas que exigem aprofundado conhecimento científico – de preferência por parte de uma instituição criada para esse fim específico, a qual não pode, por isso mesmo, ser simplesmente substituída por um perito nomeado pelo juiz para um caso concreto. Tratando-se de um conhecimento técnico dominado por especialistas e assegurado por órgão ou ente institucionalmente vocacionado para regular a matéria, muito mais do que simplesmente da maior ou da menor capacidade intelectual de um perito individualmente considerado, tal conhecimento não pode ser desprezado pelos juízes no exercício cotidiano da judicatura⁴².

Cass Sunstein e Adrian Vermeule, ao vislumbrarem um esboço de desmonte do Estado Administrativo contemporâneo, criticam a sinalização aventada por alguns magistrados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América de, em homenagem à legalidade, retomar-se a “doutrina da não delegação” (“*non-delegation doctrine*”), segundo a qual o legislador não deveria editar leis sem conteúdo normativo que previsse expressamente os modos pelos quais a Administração Pública deveria atuar diante do administrado, sob pena de criar-se um governo paralelo ao eleito e, portanto, desprovido de legitimidade democrática. Segundo a crítica feita por Sunstein e Vermeule, a mudança ensaiada pela Suprema Corte acabaria por enfraquecer o poder discricionário e a independência técnica das agências reguladoras, dado o caráter elástico e genérico das disposições legais que, por meio de cláusulas gerais, atribuem amplos poderes a tais agências – cláusulas gerais estas

⁴¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024).

⁴² Carlos Alexandre Azevedo de Campos relembra os fundamentos da postura judicial de *self-restraint*: “A autorrestricção estrutural em razão da capacidade jurídico-constitucional dos outros poderes resulta do *status* de autoridade constitucionalmente atribuído ao agente que praticou o ato normativo sujeito ao controle de constitucionalidade. Vinculada à questão da legitimidade democrática, a deferência é também justificada em função das regras de organização e separação de poderes que estão no coração de toda estrutura constitucional. Quanto maior for a autoridade que a Constituição atribuir para determinado ator político praticar o ato normativo questionado, mais deferência deverá ser prestada por juízes e cortes. Aqui, democracia e separação de poderes atuam juntos em favor da autorrestricção judicial” (CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo de. Dimensões da autorrestricção judicial. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (coord.). **Crise dos poderes da República**: Judiciário, Legislativo e Executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 251).

que correm o risco, doravante, de serem declaradas inconstitucionais por ofensa ao princípio da legalidade e ao *rule of law*⁴³.

Para Sunstein e Vermeule, até mesmo o método de interpretação a ser priorizado dependerá do grau de familiaridade que o órgão interpretante detém sobre o tema. Assim, em comparação com os tribunais, as agências reguladoras possuiriam maior sensibilidade (“*good sense*”) para aferir as situações em que uma interpretação menos literal de um regulamento, por exemplo, poderia gerar maior ou menor instabilidade para todo o esquema regulatório. O Judiciário, por sua vez, não estaria tão familiarizado com certos temas específicos a ponto de saber o real impacto que uma interpretação menos formalista provocaria sobre a segurança da regulação em questão⁴⁴.

Os referidos autores levam em conta, em sua abordagem institucional, o fato de que os juízes não são perfeitos, bem como a falácia de que partem os teóricos ao questionarem como eles mesmos, na condição de especialistas, decidiriam de modo ideal certa controvérsia se estivessem no lugar do juiz do caso, em vez de formularem a seguinte pergunta, que seria muito mais honesta do ponto de vista empírico: “*how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?*”⁴⁵. A formulação da pergunta, aqui, é mais importante e determinante que as eventuais respostas, ao menos para a definição do impacto, positivo ou negativo, que cada modalidade de interpretação adotada, que pode ser mais ou menos textualista, causará em termos de efeitos sistêmicos.

Em suma, segundo Sunstein e Vermeule, o simples fato de se reformular a pergunta, trazendo para dentro dela aspectos empíricos que são quase sempre desconsiderados pelo formalismo jurídico, abstrato por natureza que é, fará os teóricos

⁴³ Nas palavras dos autores: “*Four members of the U.S. Supreme Court, and possibly five, have indicated that they would like to revive the ‘nondelegation doctrine’, which would forbid Congress from granting excessively broad or uncabined discretion to administrative agencies such as the Environmental Protection Agency, the Department of Labor and the Department of Transportation*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. The very structure of modern government is under legal assault: here’s how to defend it. **The New York Times**, 15 set. 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>. Acesso em: 18 fev. 2024).

⁴⁴ “*Compared to courts, agencies are likely to have a good sense of whether a departure from formalism will seriously damage a regulatory scheme; hence it is appropriate to allow agencies a higher degree of interpretive flexibility*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. p. 4).

⁴⁵ “*Como devem proceder juízes falíveis, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordenamento privado e público?*” (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions”. p. 47). Tradução livre.

da interpretação revisarem os seus próprios métodos, direcionando os mais adequados, por sua vez, para cada situação concreta.

Isso não significa dizer, todavia, que deva haver uma reverência judicial cega e absoluta em relação às decisões dos órgãos técnicos, pois ninguém está imune a erros, obviamente; mas deve haver, no mínimo, o reconhecimento judicial da presunção de legitimidade, até provas substanciais em sentido contrário, das escolhas técnicas tomadas pelos órgãos competentes para regular a matéria.

Tal prática consiste em respeitar as capacidades institucionais dos órgãos envolvidos.

O Judiciário deve ter compreensão de suas limitações em certas hipóteses e agir a partir dessa tomada de consciência, sob pena de trazer ainda mais instabilidade para os conflitos de interesses que desaguam diariamente nas barras de seus já sobrecarregados tribunais. O Judiciário não pode agir como se detivesse o monopólio do conhecimento.

Até mesmo Scott Shapiro, que é um crítico mordaz da moralidade conservadora de Vermeule (autor que, como visto acima, prega a autocontenção judicial em temas regulados por agências ou impregnados de forte apelo moral ou político), reconhece a necessidade de certos balizamentos à hermenêutica jurisdicional, a qual não pode tornar-se refém de argumentos exclusivamente morais. Ao desenvolver uma metodologia interpretativa que denomina de “distribuição de confiança” (*the economy of trust*), Shapiro defende que a interpretação do Direito deve ser vista como a interpretação dos *planos institucionais*, ostentando supremacia sobre os planos individuais dos agentes julgadores.

Encerra-se este tópico com a conclusão parcial de que, em suma, são bem-vindas, ao menos para o Direito brasileiro, as tentativas teóricas, vistas acima, de institucionalizar a interpretação judicial por meio de parâmetros que confirmam primazia às capacidades das instituições dialogantes, se cotejadas às capacidades pessoais dos autores envolvidos. Em uma sintética expressão que enaltece o espírito de unidade de cada sistema jurídico, pode-se concluir que o Direito não se afirma negando o papel sistematizador das instituições criadas por ele mesmo; estas, sendo permanentes, devem sobrepor-se aos agentes que as integram, pois seus membros o fazem sempre temporariamente, ainda que suas investidas sejam vitalícias.

4. Estudo de caso: a competência da Justiça Federal em tema de medicamentos (Tema 1.234)

Exemplos de processos estruturais não faltam na jurisdição constitucional brasileira, e alguns deles já foram fornecidos a título ilustrativo no tópico 1 do presente trabalho.

Mas o artigo resolve focar sua análise no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.366.243, com repercussão geral (Tema 1.234). O tema de fundo é a legitimidade da União e a competência da Justiça Federal nas demandas que tratem do fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não padronizados no Sistema Único de Saúde (SUS).

O RE nº 1.366.243 foi interposto pelo Estado de Santa Catarina em face de acórdão de Turma Recursal que consignara a inexistência de interesse da União para figurar no polo passivo de demanda que pleiteava o fornecimento de medicamento registrado na Anvisa, mas *não* incorporado no SUS. Eis a ementa do acórdão estadual impugnado pelo recorrente:

Saúde. Fornecimento de medicamento não padronizado. Insurgência recursal limitada à inclusão da União no polo passivo da demanda. Providência adotada na origem. Remessa dos autos à justiça federal. Reconhecimento de inexistência de interesse do ente federal, com sua exclusão do polo passivo e determinação de retorno à justiça estadual. Decisão que não comporta reanálise pela justiça estadual. Súmula 254 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes das turmas de recursos e do Tribunal de Justiça. Recurso inominado conhecido e desprovido.

A questão processual no caso concreto, como se vê, dizia respeito à incompetência da Justiça estadual para rever decisão da Justiça Federal que, nos termos do Enunciado Sumular nº 254 do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, negava a existência de interesse da União no feito e, por consequência, a competência da própria

⁴⁶ Assim dispõe o referido Enunciado: "Não admitida, pelo Juiz Federal, a pretendida intervenção do ente federal, volta a competência ao Juiz Estadual, a quem não cabe discutir o acerto daquela decisão" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula nº 254**, 1 de agosto de 2001. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E254%3C%2Fb%3E&b=SUMU&ordenacao=-%40NUM&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=&materia=&situacao=&orgao=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=254>. Acesso em: 13 jun. 2024).

Justiça Federal para processar e julgar a demanda. O Estado de Santa Catarina, porém, insurgiu-se em face desse entendimento, alegando que, por mais que a União não tivesse interesse em integrar voluntariamente a demanda, ela deveria ser compelida a figurar em seu polo passivo, na qualidade de litisconsorte passiva necessária, haja vista que compete ao ente federal, e não aos entes estaduais e municipais também integrantes do SUS, incluir na relação de medicamentos do SUS fármacos dela não constantes, já que não caberia ao Estado de Santa Catarina fornecer remédios não padronizados.

Recebidos os autos na Suprema Corte, o Plenário, à unanimidade, reputou constitucional a discussão e, também à unanimidade, reconheceu a existência da repercussão geral da questão constitucional suscitada. A Procuradoria-Geral da República (PGR) opinou pelo provimento do RE e pela remessa dos autos ao Centro de Coordenação e Apoio às Demandas Estruturais e Litígios Complexos (CADEC/STF), por entender que compete à União incorporar, excluir ou alterar medicamentos, produtos e procedimentos previstos no SUS, nos termos do que prevê o art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990.

Embora desfavorável à União, o parecer da PGR pelo menos justificou a indicação do caso ao CADEC/STF, diante da premente necessidade de se mitigarem os efeitos nocivos da “federalização absoluta e imediata” dos milhares de processos que versam sobre a mesma questão. Afinal de contas, não é difícil antever a plethora de feitos que será remetida à Justiça Federal da noite para dia pelos inúmeros órgãos das Justiças estaduais, caso não haja uma atenta composição quanto a isso.

Posteriormente, o Plenário, por unanimidade de votos, resolveu referendar a decisão proferida em 17/4/2023, determinando que, até o julgamento definitivo do Tema 1.234 da Repercussão Geral, o Poder Judiciário estadual se abstenha de declinar da competência e de ordenar a inclusão da União no polo passivo nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados, devendo tais demandas ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo autor, conforme os interesses deste.

Tal decisão provisória do STF deu-se na esteira do que havia sido recentemente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº 14, em que se firmou o entendimento, também *provisório* (mas, em ambos os casos, *vinculante*), de que, até o julgamento definitivo do referido IAC, a Justiça estadual deverá abster-se de praticar qualquer ato judicial de declinação de competência nas ações que versem sobre tema idêntico ao desses autos, de modo que

o processo deve prosseguir na jurisdição estadual, nos termos da questão de ordem proposta pelo Min. Relator. E isso vale também para os medicamentos *não* registrados na Anvisa, de modo que o tratamento dado pelo STJ foi mais amplo, portanto, que o tratado no Tema 1.234, sob a apreciação do STF.

O Min. Gilmar Mendes bem pontuou a gravidade da questão no seguinte trecho de sua decisão de suspensão nacional, em que asseverou que tal controvérsia “não será resolvida apenas com uma decisão judicial”, *verbis*:

Noutros termos, *essa controvérsia, profunda em suas origens e sistêmica em suas consequências, não será resolvida apenas com uma decisão judicial*. Pelo contrário, o próprio dissenso engendrado pelo julgamento do Tema 793 evidenciou que *dilemas estruturais* dessa natureza dificilmente são solucionados pela atuação jurisdicional, ainda que bem intencionada. É importante recordar que não estamos a falar aqui em simples interpretação de normas jurídicas ou distribuição de competências judiciais. Há uma *política pública a ser aperfeiçoada*, em processo que se mostre verdadeiramente *estruturante*⁴⁷. (grifos nossos)

Assim, considerando o enorme impacto financeiro, social e administrativo da decisão de mérito buscada pelo recorrente, bem como a necessidade de fomentar diálogos institucionais entre todos os envolvidos em uma controvérsia estrutural tão complexa quanto é a que se refere à saúde pública, o eminente Min. Relator deferiu os pleitos da União e do Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) para figurarem na condição de *amici curiae*, bem como determinou a constituição de uma Comissão Especial para auxiliar a Corte na resolução do referido litígio estrutural. E, para tanto, apontou o Relator que problemas complexos não se resolvem com soluções simplistas nem impositivas, mas, sim, mediante diálogos entre as esferas de governos federal, estaduais, distritais e municipais, para demandar uma reorganização da governança colaborativa em torno do tema, com o alargamento dos debates e das soluções. Asseverou, com supedâneo em doutrina nacional e estrangeira, que deve ser adotado um modelo judicial aberto e dialógico, com a utilização de ferramentas processuais adequadas para o enfrentamento das questões fáticas trazidas pelos interessados, para o que se faria necessária

⁴⁷ Trecho extraído da decisão de suspensão do processamento dos recursos especiais e extraordinários em que haja discussão sobre a necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda, proferida pelo Min. Relator em 11/04/2023 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 abr. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357222379&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024).

a nomeação de *experts* para auxiliar o Tribunal nas fases de implementação e de supervisão quanto ao grau de cumprimento da decisão.

E, apontando, com base em dados do Tribunal de Contas da União (TCU), que, de 2008 a 2015, os gastos da União com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão – um aumento, portanto, de mais de 1.300% –, o Min. Relator observou que a sociedade, os entes e os demais órgãos públicos estão amadurecidos para a abertura dialógica e colaborativa, de modo a fomentar soluções eficazes, efetivas, céleres e condizentes com a capacidade institucional do Poder Judiciário. Ressalvou o eminente magistrado, de outro lado, que tais soluções não deixem, ao mesmo tempo, de promover economicidade ao Erário e de propiciar a satisfação das necessidades vitais do cidadão, mas sempre na medida das possibilidades do Estado. Tal ressalva é importantíssima, já que não se trata de uma mera aglutinação de demandas com “arquetipo adjudicatório de cariz individual”⁴⁸. Ademais, além de não ser ordenador de despesas nem órgão arrecadatário, tampouco cabe ao Judiciário emitir papel moeda para fazer frente às bilionárias despesas criadas a todo ano com decisões que interferem no funcionamento do Sistema Único de Saúde e nos tratamentos, medicamentos e insumos por ele ofertados.

Recentemente, o Relator desse RE, Min. Gilmar Mendes, determinou a retomada, para o dia 6/2/2024, dos trabalhos da Comissão Especial⁴⁹ que havia sido constituída no ano de 2023 para, em sua segunda reunião (a primeira ocorrera em setembro de 2023), manifestar-se sobre a estrutura de financiamento de medicamentos pelo SUS e a respectiva judicialização do tema. O objetivo dessa Comissão é o de abrir *diálogos* com entes da Federação e com a sociedade, a fim de buscar uma solução consensual para a questão. Além das duas reuniões já realizadas, foram reservadas as datas de

⁴⁸ Lima e França abordam especificamente esse ponto ao sublinharem que: “Litígios frequentes nas instâncias judiciais brasileiras, respaldadas na legislação material e nas normas processuais, como as milhares de demandas para concessão de medicamentos e disponibilização de leitos hospitalares pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que muitas vezes criam ou exacerbam problemas já presentes, mostram a necessidade de buscar alternativas ao arquetipo adjudicatório de cariz individual. Demandas que envolvem políticas públicas, em geral, em nada correspondem a um interesse meramente particular”. (LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. p. 355).

⁴⁹ A Comissão é formada por quatro representantes da União, quatro membros indicados pelo Fundo Nacional de Saúde, pelo Conselho Nacional de Saúde, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) e pela Anvisa, quatro representantes dos estados e quatro representantes dos municípios.

15, 19 e 26 de fevereiro para as reuniões subsequentes. O prazo de encerramento dos trabalhos está previsto para o dia 26/3/2024.⁵⁰

Nas palavras do Min. Relator, o escopo da Comissão não deve ser teórico, mas, sim, eminentemente prático, de modo que nas reuniões sejam evitadas exposições alongadas e/ou desconectadas com as fontes de custeio das propostas então agitadas, *verbis*:

[...] a Comissão Especial terá como escopo a proposição de soluções sobre a judicialização da saúde pública, não sendo seu objetivo expor os problemas de forma descompromissada com propostas factíveis técnica e financeiramente ou a defesa isolada ou conjunta de interesses corporativos ou estritamente institucionais dos representantes de órgãos, empresas e instituições convidadas, inclusive eventuais representantes da sociedade civil.⁵¹

E concordamos que os trabalhos devem se dar exatamente assim como determinado pelo Min. Relator, a fim de que a função da Comissão não seja desvirtuada nem acabe atingindo resultados estranhos à efetividade prática colimada por sua criação, dado o evidente risco de atrasos desnecessários à resolução da controvérsia, cuja natureza, no caso, é premente, já que possui como pano de fundo a saúde pública da população brasileira.

Tais advertências se fazem necessárias, sobretudo se levarmos em conta o fato de que nem todos os estudiosos do tema estão de acordo com a efetividade alcançada pelos diálogos institucionais travados entre o Judiciário e outros ramos do poder estatal.

Roberto Gargarella, por exemplo, aponta certas deficiências de resultado nas propostas dialógicas que vieram, hoje de modo definitivo, fazer frente ao tradicional

⁵⁰ Informação disponível em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comissão sobre fornecimento de medicamentos pelo SUS se reúne no próximo dia 6: a discussão é sobre a responsabilidade solidária da União em ações contra governos estaduais para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 26 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=525547&ori=>. Acesso em: 20 fev. 2024.

⁵¹ Trecho extraído da decisão proferida pelo Min. Relator em 21/09/2023 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024).

sistema de freios e contrapesos, já que esse sistema, concebido em um período de verdadeira guerra entre os poderes constituídos, seria ainda um ambiente hostil ao florescimento de um modelo realmente efetivo de diálogos institucionais. Daí Gargarella afirmar que, embora defenda o valor de um sistema constitucional baseado no diálogo democrático, em contraste com um baseado na ideia dos freios e contrapesos, faz-se mister, primeiro, reformar os tradicionais sistemas de *checks and balances*, para, somente depois, consolidar-se um modelo dialógico constitucional. Trata-se de substituir um sistema pautado na lógica da *guerra* por um modelo pautado na lógica do *diálogo*, consoante o autor argentino⁵².

Também Jean Leclair se mostra reticente quanto às vantagens dos diálogos institucionais, apesar de restringir a sua análise a alguns julgados da Suprema Corte canadense. O Professor da Universidade de Montréal afirma que os diálogos ora estão a serviço do ativismo judicial, como no caso *Vriend*, ora estão a serviço de interesses que deveriam ser refreados pelo Judiciário e não o são por uma deferência inapropriada em favor de outros órgãos e entidades, em detrimento da supremacia da Constituição, como no caso *Mills*. Leclair propõe, portanto, quatro sugestões para melhorar a qualidade dos diálogos, quais sejam: 1) a adoção de uma postura minimalista pelos tribunais; 2) a possibilidade normativa de uma resposta qualificada do Parlamento a decisões judiciais das quais a maior parte dos legisladores discorda; 3) a reconsideração do chamado teste de Oakes pelos juízes, haja vista que tal teste apela a conhecimentos que são mais bem apreendidos pelos legisladores, além de incitar os juízes a, equivocadamente, buscarem em suas próprias intuições a resposta sobre se determinada restrição a direito ou liberdade tem, ou não, “caráter razoável” (*caractère raisonnable*); e 4) uma maior participação, no processo legislativo, dos destinatários das normas produzidas pelo Parlamento, o que pode ser potencializado pelo Judiciário nos diálogos que este trava com os legisladores, sensibilizando-os para a situação dos jurisdicionados, sempre que certas medidas legislativas tangenciem certos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, de modo a assegurar, na melhor medida do possível, uma participação popular direta na produção normativa. Leclair sugere, em suma, “uma abordagem dialógica que tenha como eixo central a preocupação de bem escutar os cidadãos” (“*une approche dialogique axée sur le souci d’être à l’écoute des citoyens*”)⁵³.

⁵² GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75.

⁵³ LECLAIR, Jean. La métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien : un concept qui dessert les intérêts du citoyen? . In: DIALOGUES sur la justice: le public, le législateur, les tribunaux et les médias. Montréal: Thémis, 2004.

Como se vê, o tema dos diálogos institucionais é complexo e admite várias leituras, mas praticamente nenhuma delas desconsidera os seus efeitos, sejam estes positivos, sejam negativos. Não resta dúvida, porém, de que, para que sejam bem-sucedidos, os resultados do modelo dialógico devem ter por premissas a voz e os anseios do povo, titular que é de todo o poder estatal, na forma do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição.

Não se quer, com isso, aderir a propostas populistas ou demagógicas, tais como as que pretendem submeter as decisões do Supremo Tribunal Federal a tribunais da inquisição do século XXI, quer os formados pela opinião popular (pública ou publicada), quer os formados por grupos de parlamentares insatisfeitos com os contornos jurídicos da interpretação constitucional levada a cabo pelo guardião-mor da nossa Carta Magna.

Para que os anseios democráticos sejam prestigiados de modo legítimo, não de ser igualmente prestigiados os preceitos constitucionais, notadamente, as cláusulas da legalidade, da dignidade humana, da isonomia, da segurança jurídica, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, já que, sem o respeito dos órgãos constituídos pelos mandamentos que densificam a noção de *rule of law*, não há falar-se em uma verdadeira democracia constitucional. Fora das balizas civilizatórias estabelecidas pelo Direito, o que resta é populismo barato ou tirania; é retrocesso; é negação da cidadania.

5. Conclusão

Nas democracias constitucionais, onde costumam vigorar, pelo menos desde o advento do Estado Moderno, os princípios da Separação dos Poderes e da supremacia judicial, as relações entre os órgãos incumbidos de legislar e aqueles competentes para interpretar o direito legislado, mormente diante dos casos concretos, nem sempre se têm mostrado tão harmônicas quanto supõe, no plano abstrato, a clássica teoria geral do Estado.

Para fazer face aos desarranjos institucionais daí decorrentes, o constitucionalismo tradicional passou a desenvolver mecanismos que servissem de autoproteção orgânica às forças conflitantes, dos quais despontam os *checks and balances*. Trata-se

p. 98. Disponível em: <https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2016/09/625.pdf?id=7925&1531924967>. Acesso em: 12 dez. 2023.

de medidas defensivas das quais cada Poder lança mão para preservar as suas próprias competências em face de ingerências praticadas por outro(s) Poder(es) e, em último caso, para garantir a sua própria sobrevivência enquanto centro detentor de uma parcela da força estatal.

O sistema representado por tais “pesos e contrapesos”, no entanto, passa a se tornar insuficiente diante de uma nova lógica em ascensão. Essa nova lógica, evidenciada com os processos estruturais, não é mais baseada na *guerra* por sobrevivência institucional, mas, sim, no *diálogo* entre as funções estatais primordiais, com vistas a aperfeiçoá-las, de modo que os poderes-deveres de legislar, fiscalizar, julgar e administrar sejam, na melhor medida do possível, desempenhados em conformidade tanto com o espírito democrático quanto com as normas constitucionais, mesmo as veiculadoras dos valores mais abstratos.

Ao concretizar valores abstratos, densificando-os à vista de litígios complexos e multifacetados – cuja moldura fática não se subsume em encaixe jurídico perfeito, vale dizer, de modo automático, em uma previsão normativa isolada e específica –, a jurisdição estruturante, a cabo do Supremo Tribunal Federal, precisa dialogar com outros órgãos constituídos e com segmentos da sociedade civil, a fim de cercar-se dos melhores fundamentos técnicos e, a um só turno, de revestir-se de um grau mais aprofundado de legitimidade democrática. Considerando que a principiologia constitucional brasileira tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; considerando que esses valores civilizatórios fundam uma sociedade livre, justa, solidária, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e considerando, ainda, que o texto constitucional também traça como objetivos fundamentais da nossa República o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a promoção do bem de todos e a redução das desigualdades sociais e regionais; não é difícil de concluir que a jurisdição do Supremo Tribunal Federal sobre processos estruturais demanda uma atuação mais dialógica e, por conseguinte, mais democrática, se comparada com a jurisdição ordinária dos demais tribunais.

E essa atuação diferenciada tem pautado a atuação do Supremo, em geral, e do Min. Relator do Recurso Extraordinário nº 1.366.243, com repercussão geral (Tema 1.234), em especial, na medida em que a nossa Corte Constitucional tem assumido o compromisso de dialogar com outros atores do processo democrático e colhido bons frutos desses diálogos, conforme se viu ao longo dos exemplos dados acima. Isso nos leva a concluir que o caminho está sendo bem trilhado, mas que também há nele

muitas pedras que precisam ser retiradas, tais como as crenças realistas no decisionismo e seus subprodutos, segundo os quais a decisão judicial nada mais seria que a manifestação solipsista de um mero ato de vontade do magistrado, e não o resultado de um esforço intersubjetivo e de uma decisão compartilhada após contraditório substancial, proferida em um ambiente paritário e dialógico.

Por fim, esperamos que o Supremo continue implacável em desconstituir tais crenças, ainda tão presentes no imaginário forense, assim como outras formas de realismo jurídico, e que siga altivo e em frente com a sua missão de concretizar, de modo democrático, os valores civilizatórios positivados no texto constitucional, sem se deixar abater por eventuais *backlashes*, mas sempre levando em conta as suas limitações institucionais e as capacidades dos demais órgãos constituídos. Para tanto, esperamos, enfim, que a dogmática dos processos estruturais seja observada, mas que isso não se torne, em si mesmo, um dogma a ponto de exigir que o Supremo, por pura aparência, insista em diálogos estéreis/contraproducentes, ou que, por mera conveniência, abdique da sua função de guardião-mor da Constituição.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed., rev. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. Prefácio. *In*: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. Fundamentação de normas e aplicação de normas. *In*: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica. *In*: ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

BARBOSA, Rui. O júri e a independência da magistratura: Revisão Criminal n. 215. In: BARBOSA, Rui. **Posse de direitos pessoais, O júri e a independência da magistratura**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1976. p. 134-314. (Obras completas de Rui Barbosa; v. 23, t. 3, 1896). Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/182>. Acesso em: 13 jun. 2024.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”. **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>. Acesso em: 18 fev. 2024.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502953>. Acesso em: 13 jun.2024.

BICKEL, Alexander M. **Supreme Court and the idea of progress**. New York: Harper & Row, 1970.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Campanha #DemocraciaInabalada do STF é premiada em Portugal: Decano da Corte, ministro Gilmar Mendes, retirou o prêmio e o entregou à ministra Rosa Weber. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 3 maio 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506665&tip=UN>. Acesso em: 4 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF lança campanha Democracia Inabalada em resposta aos ataques de 8 de janeiro: entre 17 de janeiro e 1º de fevereiro, vídeos e posts serão exibidos para destacar que a democracia e a Suprema Corte saem fortalecidas dos episódios criminosos. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 17 jan. 2023. Notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=500663&ori=1>. Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Comissão sobre fornecimento de medicamentos pelo SUS se reúne no próximo dia 6: a discussão é sobre a responsabilidade solidária da União em ações contra governos estaduais para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. **STF Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 26 jan. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=525547&ori=>. Acesso em: 20 fev. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo de. Dimensões da autorrestrrição judicial. *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (coord.). **Crise dos poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 243-264.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues: interpretation as political process**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, c1988.

FISS, Owen M. The forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979. Disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/422/The_Forms_of_Justice.pdf?sequence=2. Acesso em: 20 fev. 2022.

FULLER, Lon L. The forms and limits of adjudication. **Harvard Law Review**, v. 92, n. 2, p. 353-409, Dec. 1978. Disponível em: <https://people.rit.edu/wlrgh/Fuller.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2024.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. O fim da ponderação e o retorno ao positivismo jurídico. *In*: FÓRUM NACIONAL DOS CENTROS DE ESTUDOS E ESCOLAS DAS PGEs e PGDF. **Ciclo de Capacitações “TGD & Filosofia do Direito”**. [S.l.]: FONACE, 2021. 1 vídeo (2:05:40). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=10S4VOrGSwI>. Acesso em: 13 jun. 2024.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. *In*: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75.

GIUDICELLI, Julien. A ilusão representativa. Tradução de Murilo Strätz. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: PGE-RJ**, v. 5, n. 1, p. 1-24, jan./abr. 2022. DOI: <https://doi.org/10.46818/pge.v5i1.286>. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/286>. Acesso em: 15 abr. 2023.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/39908>. Acesso em: 18 fev. 2024.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, Oct. 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359?v=pdf>. Acesso em: 13 jun. 2024.

LECLAIR, Jean. La métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien: un concept qui dessert les intérêts du citoyen? *In* : **DIALOGUES sur la justice: le public, le législateur, les tribunaux et les médias**. Montréal: Thémis, 2004. p. 83-98. Disponível em: <https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2016/09/625.pdf?id=7925&1531924967>. Acesso em : 13 jun. 2024.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o papel da jurisdição nos litígios estruturais de interesse público: do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP**, v. 22, n. 1, p. 350-378, jan./abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.12957/redp.2021.51630>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/51630>. Acesso em: 13 jun. 2024.

MAZZARESE, Tecla. Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 23, p. 597-631, 2000. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.22>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2000-n23-interpretacion-literal-juristas-y-linguistas-frente-a-f>. Acesso em: 13 jun. 2024.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: 10 jan. 2024.

POST, Robert; SIEGAL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review**, n. 42, p. 373-433, 2007. Disponível em: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocraticConstitutionalismAndBacklash.pdf. Acesso em: 13 jun. 2024.

SCHAUER, Frederick F. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 1991.

SCHAUER, Frederick F. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Backlash's travels. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, n. 157, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=970685. Acesso em: 12 jan. 2024.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 156, p. 1-55, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em: 18 fev. 2024.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. The very structure of modern government is under legal assault: here's how to defend it. **The New York Times**, 15 set 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/09/15/opinion/us-government-constitution.html>. Acesso em: 18 fev. 2024.

TESHEINER, José Maria Rosa. Prefácio. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 17-27.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

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

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. p. 351-398.

Jurisprudência citada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula nº 254**, 1 de agosto de 2001. A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E254%3C%2Fb%3E&b=SUMU&ordenacao=-%40NUM&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=&materia=&situacao=&orgao=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=254>. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 abr. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357222379&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Recurso Extraordinário 1366243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15361330313&ext=.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema: 1234**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=1234>. Acesso em: 13 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Brown vs. Board of Education of Topeka**: 349 U.S. 294. Chief of Justice: Warren, May 31, 1955. Disponível em: [https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_\(349_U.S._294\)](https://en.wikisource.org/wiki/Brown_v._Board_of_Education_of_Topeka_(349_U.S._294)). Acesso em: 14 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Plessy vs. Ferguson**: 163 U.S. 537. Mr. Justice Brown, May 18, 1896. Disponível em: <https://www.archives.gov/milestone-documents/plessy-v-ferguson>. Acesso em: 14 jun. 2024.

Legislação citada

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.754, de 16 de março de 2016**. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.754, de 16 de março de 2016**. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node05ado8domwrqr1s7tt7pf44wuw27791720.node0?codteor=1443910&filename=PL+4754/2016. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda à Constituição nº 8, de 2021**. Altera a Constituição Federal para dispor sobre os pedidos de vista, declaração de inconstitucionalidade e concessão de medidas cautelares nos tribunais. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pec-8-2021>. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Brasília: Presidência da República, 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimprensa.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 18 fev. 2024.