

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 18 • v. 8 • n. 3-4 • 2023

- 6 Editorial
- 15 **Daniel Freire e Almeida**
Fake news e sua regulação em escala global
- 48 **Rafael Junior Soares**
Constitucionalismo democrático e o efeito backlash: o caso da execução provisória da pena
- 69 **Ana Elizabeth Neirão Reymão e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury**
Mudanças climáticas, bioeconomia e trabalho decente na Amazônia
- 107 **Marcelo Labanca Corrêa de Araújo e Juliana do Rêgo Barros Valois**
Direito à Inclusão Cultural no Plano Subnacional: Uma Análise Comparativa da Legislação Estadual para Incentivo ao Cinema no Brasil entre 2017 e 2021
- 148 **Sergio Torres Teixeira e Mayara Schwambach Walmsley**
Um leito e trezentas vidas: o protagonismo do Judiciário e a inconsistência da jurisprudência no Estado de Pernambuco, Brazil
- 178 **Carlos Diego Peixoto de Souza**
Limitação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais (Artigo 5.º, LXXIX): da constitucionalidade do substitutivo ao Projeto de Lei n.º 118/2021
- 243 Homenagem do Núcleo de Estudo Luso Brasileiro ao Professor Doutor Pedro Romano Martinez em Sessão Solene do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Ano 18 • Volume 8 • Número 3-4 • Julho-Dezembro 2023

Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB
Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo
Caio Guimarães Fernandes
Camila Franco Henriques
Leonardo Castro de Bone
Maria Amélia Renó Casanova
Maria Vitória Galvan Momo
Paulo Gustavo Rodrigues
Samara Machado Sucar
Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)
Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)
Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)
Francisco Rezek, Francisco Resek Sociedade de Advogados (BRA)
Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)
Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)

Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Silvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

ARTIGOS CIENTÍFICOS

UM LEITO E TREZENTAS VIDAS: O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO E A INCONSISTÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO, BRAZIL

A bed and three hundred lives: the protagonism of the judiciary and the inconsistence of jurisprudence in the state of Pernambuco, Brazil

Sergio Torres Teixeira*

Mayara Schwambach Walmsley**

Resumo: O presente artigo trata do recorrido histórico que levou ao protagonismo do Judiciário no Brasil e da inconsistência da jurisprudência, especialmente no contexto da pandemia de Covid-19 no Estado de Pernambuco. A pesquisa objetiva analisar a relação entre o protagonismo do Poder Judiciário no direito brasileiro e a ocorrência de decisões conflitantes em um mesmo tribunal, além do impacto dessas decisões para os jurisdicionados. Para tanto, foram analisados os desfechos de duas ações judiciais cujas liminares foram apreciadas pelos órgãos fracionários do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, ambas no mês maio de 2020. A metodologia utilizada foi a da pesquisa qualitativa com a construção de proposições teóricas testadas à luz de um estudo de caso comparativo. As proposições teóricas conduziram a coleta e a análise dos dados a fim de testar a teoria apresentada no contexto da judicialização da saúde durante a pandemia de Covid-19. A escolha dos casos confrontados se deu em razão de seu caráter decisivo para testar a teoria apresentada, uma vez que as decisões foram proferidas pelo mesmo Tribunal, no mesmo mês e nas mesmas circunstâncias fáticas. As unidades de análise do estudo foram o protagonismo judicial no Direito à Saúde, a inconsistência da jurisprudência e a inserção de um sistema de precedentes em um ordenamento jurídico de tradição romano-germânica. Conclui-se que bem-vindas foram as alterações trazidas pelo CPC/2015 no intuito de reforçar a busca pela igualdade jurídica e material entre os jurisdicionados.

Palavras-chave: Pandemia. Protagonismo do Poder Judiciário. Inconsistência Jurisprudencial. Direito à Saúde. Sistema de Precedentes.

1

*Doutor em Direito. Professor da UNICAP e FDR/UFPE. Desembargador do TRT6.

** Advogada. Mestranda em Direito pelo PPGD/UNICAP.

Abstract: This article looks at the historical course that led to the protagonism of the Judiciary Power in Brazil and the inconsistencies of the jurisprudence, especially in the context of the Covid-19 pandemic in the State of Pernambuco. The present research aims to analyze the relationship between the role of the Judiciary in Brazilian law and the existence of conflicting decisions in the same court, in addition to the impact of these decisions for one those seeking the jurisdiction. To this end, the outcomes of two lawsuits were analyzed. In both, the judicial injunctions were assessed by fraccional organs of the of the Court of Justice of the State of Pernambuco, in May 2020. The methodology used was that of qualitative research with the construction of theoretical propositions tested in the light of a comparative case study. Theoretical propositions led to the collection and analysis of data in order to test the theory presented in the context of the judicialization of health during the Covid-19 pandemic. The choice of the cases confronted was due to their decisive character to test the theory presented, since the decisions were handed down by the same Court, in the same month and in the same factual circumstances. The units of analysis of the study were the judicial role in the right to health, the inconsistency of jurisprudence and the insertion of a system of precedents in a legal system of Roman-Germanic tradition. It is concluded that the changes brought by the CPC/2015 are welcomed in order to reinforce the search for legal and material equality between the jurisdictions.

Keywords: Pandemic. Protagonism of the Judiciary. Jurisprudential Inconsistency. Right to Health. System of Precedents.

Sumário: 1. Introdução. 2. O *Stare Decisis Brasiliensis* como Instrumento de Combate a um Sistema de Órgãos Judiciais “Anárquicos” e à Produção de uma Jurisprudência “Lotérica”. 3. A Pandemia do Coronavírus e a Escassez de Leitos: dois casos e dois desfechos. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução

O presente estudo busca, por meio do desfecho de duas ações judiciais ajuizadas perante o Tribunal de Justiça de Pernambuco, trazer uma reflexão acerca da inconsistência jurisprudencial existente nos tribunais brasileiros e o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Inicialmente, serão tecidas algumas linhas acerca do contexto político, histórico e jurídico que culminou no protagonismo do Poder Judiciário no

ordenamento jurídico brasileiro. Após, serão apontadas as consequências do engrandecimento do Poder Judiciário para a segurança jurídica dos jurisdicionados, sobretudo no tocante ao Direito à saúde.

O pano de fundo fático do presente artigo baseia-se em dados da Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco quanto à administração dos leitos de UTI (unidade de terapia intensiva) e à escassez apresentada principalmente durante o mês de maio de 2020, quando a fila a espera por cuidados intensivos ultrapassou o número de 300 (trezentos) pacientes. Precisamente nesse mês foram ajuizadas as duas ações que serão utilizadas como paradigma para as reflexões propostas a seguir.

2. O *Stare Decisis Brasiliensis* como Instrumento de Combate a um Sistema de Órgãos Judiciais “Anárquicos” e à Produção de uma Jurisprudência “Lotérica”

A ausência de um sistema bem estruturado de imposição de obediência a precedentes judiciais, naturalmente enseja o surgimento de decisões conflitantes envolvendo uma mesma matéria judicializada por meios de múltiplas demandas, uma vez que a falta de uma diretriz de orientação inevitavelmente conduz ao exercício de uma liberdade de interpretação ampla e subjetiva, variando de julgador para julgador segundo as peculiaridades que informam cada magistrado. Neste ambiente de pluralidade de interpretações não sujeitas à uma análise comparativa e a um exame de julgamentos do passado envolvendo questões idênticas ou de forte semelhança, a divergência de resultados gera para a pessoa comum uma ideia de “anarquia” dentro do Judiciário, com juízes julgando a mesma matéria de forma completamente distinta, criando não apenas um clima de insegurança, mas um

sentimento de desigualdade para aqueles que tiverem uma solução judicial menos favorável em comparação com outra pessoa nas mesmas condições. Se a parte tiver a “sorte” de ter seu processo distribuído para um julgador com pensamento favorável à sua pretensão

Aos olhos da cidadã e do cidadão comum, surge a imagem de um Judiciário “anárquico” produzindo uma jurisprudência “lotérica”, com consequências nefastas tanto para a sociedade como a Justiça.

Sensível ao perigo de uma crise de legitimidade do Judiciário, o legislador ordinário não se manteve inerte.

O Código de Processo Civil de 2015, consubstanciado na Lei nº 13.105, está vigente no ordenamento jurídico brasileiro desde 18 de março de 2016. Um dos aspectos mais tormentosos do CPC/2015 foi a instituição de um sistema de precedentes judiciais no seio de um sistema jurídico de origem romano-germânica pautado no *civil law*.

O Brasil insere-se tradicionalmente na família jurídica de *civil law*, cuja tradição, principalmente no período de consolidação do Estado Liberal, apontava para a concretização da igualdade e da segurança jurídica – corolários dos ideais da Revolução Francesa – exclusivamente por meio do rigoroso respeito à legislação escrita.

À época da consolidação do *civil law*, no século XVIII, havia uma profunda desconfiança quanto ao Poder Judiciário nos moldes herdados do Estado absolutista, tendo em vista que “não havia exata delimitação da atividade

jurisdicional, de modo que os juízes, com frequência, decidiam com base na vontade dos governantes.”²

Predominava, portanto, entre os juristas, a profunda crença de que a segurança jurídica apenas poderia ser alcançada mediante o estrito cumprimento da lei, uma vez que essa seria elaborada por representantes democraticamente eleitos e funcionaria como instrumento de controle e garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades cometidas pelo Estado. Ou seja: buscava-se a ruptura completa com o *ancien régime*, pautado na figura centralizadora do monarca, e passava-se a situar o povo no centro das relações jurídicas, políticas e sociais.

Nesse contexto, a doutrina da separação dos poderes, profundamente influenciada pelos ensinamentos de Montesquieu, conheceu o seu apogeu. Temerosos das arbitrariedades até então cometidas pela aristocracia e chancelada pelo judiciário – que por sua vez era composto por nobres cujos cargos eram comprados ou herdados – os revolucionários franceses introduziram diversas técnicas com o intuito de inviabilizar a interferência do judiciário na esfera legislativa, proibindo-se até mesmo a interpretação da lei por parte dos magistrados. Assim, “a absorção da jurisdição pelo parlamento e a total separação de poderes após a Revolução Francesa foram marcos responsáveis por introduzir diferentes valores culturais no sistema jurídico da tradição de *Civil Law*.”³

² OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do common law necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (org.). A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2017. p. 274.

³ ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de processo civil de 2015? 2016. Revista de Processo.

Ao magistrado, à época, cabia apenas declarar a lei (seria o juiz a “*bouche de la loi*”). Isto é, cabia ao magistrado realizar a mera subsunção dos fatos aos dispositivos legais, sem a realização de qualquer esforço interpretativo, razão pela qual, nesse período, os precedentes judiciais careciam, naturalmente, de importância. Destaca-se que a realização da mera declaração da lei sem a realização de interpretação por parte dos magistrados era possibilitada, também, pela técnica legislativa então adotada, com a elaboração de regras fechadas que objetivam gerar o sentido unívoco a ser descoberto e pretendiam prever todas as relações jurídicas.

Por outro lado, na tradição jurídica de *common law* nascida na Inglaterra, cuja regra é a inexistência de legislação escrita, a busca pela igualdade e pela segurança jurídica entre os cidadãos se deu por meio da aplicação aos casos concretos de decisões reiteradamente adotada em casos anteriores. Nos países que adotam o sistema de *common law* há a profunda convicção de que seus cidadãos não deverão ser surpreendidos por uma decisão cujo posicionamento nunca foi adotado antes, ou que não poderia ser, de certo modo, esperado. A previsibilidade, portanto, é valorada como essencial ao Estado de Direito.

Desse modo, o objetivo da previsibilidade no sistema de *common law* é alcançando por meio da adoção de um sistema de precedentes. Nesse sentido, tanto a partes envolvidas em um processo judicial quanto a

Vol.

257.

Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.21.PDF. não. p.

sociedade em geral pautam o seu comportamento e expectativas nas decisões judiciais. Nesse sentido, a previsibilidade das decisões judiciais e os parâmetros por elas adotados acabariam por garantir a igualdade aos jurisdicionados.

Destaca-se que o desenvolvimento do *common law*, desde os assentos ingleses, se deu de forma contínua, sem nenhum marco consistente de criação ou ruptura, o que resultou na ausência de desprezo pelo que foi decidido antes e a principal característica do sistema se manteve presente: a consideração de casos concretos como fonte de direito. Assim, ao passo que em sua origem o sistema de *common law* era composto pelos costumes comumente observado pela sua população, atualmente, “as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes)”.⁴

Consequentemente, no sistema de *common law*, os precedentes possuem força vinculante, ou seja, uma vez proferidos pelos tribunais, deverão obrigatoriamente ser seguidos pelas instâncias inferiores ou pelo próprio tribunal em casos posteriores. Sendo assim, “o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.”⁵

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul, v. 12, n. 67, jan. 2016, p. 135.

⁵ DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: O “novo” dever dos tribunais no código de Processo civil brasileiro. Revista de Processo, São Paulo, v. 41, n. 262, dez. 2016, p. 331)

Dessa brevíssima explanação acerca das principais características dos sistemas de *civil law* e de *common law* percebe-se que, embora previsibilidade e igualdade sejam de suma importância para ambas as tradições jurídicas, as formas de *tradicionalmente* alcançá-las são substancialmente distintas. Enquanto nas famílias de *civil law* a lei vigora como o principal elemento de segurança do ordenamento jurídico por conter em si – a princípio – todo o conteúdo necessário, nas famílias de *common law* a segurança jurídica é trazida por meio da obediência aos precedentes, tendo em vista que a regra é a lei não escrita.

Entretanto, o contexto histórico, político e social no qual foram construídas as bases das duas grandes famílias jurídicas e consolidadas as suas distinções vem sofrendo profundas alterações. As mudanças da sociedade moderna impuseram novos desafios ao direito:

O mundo estável, com divisão nítida de classes sociais, em que praticamente não havia mobilidade e em que o acesso a justiça era razoavelmente restrito, passou, aos poucos, a dar lugar a uma sociedade em que as alterações acontecem muito rapidamente; que abrange, possibilita e incentiva a mobilidade social, o que acaba, de certo modo, gerando correlata modificação na esfera dos valores sociais.⁶

Com o fim da segunda guerra mundial, houve uma profunda alteração na forma como o mundo ocidental percebia o direito, ficando claro, a partir de então, que uma visão jurídica estritamente positivista seria insuficiente à garantia do

⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul, v. 12, n. 67, jan. 2016, p. 138.

combate ao cometimento de arbitrariedades pelo Estado e do alcance da segurança jurídica e da igualdade jurídica e material pelos jurisdicionados.

Assim, o sistema de tripartição de poderes tal qual concebido por Montesquieu mostrou-se insuficiente à consecução de seu próprio objetivo: a garantia da liberdade mediante segurança. A premissa de que leis gerais e abstratas editadas exclusivamente pelo legislativo trariam segurança jurídica ao jurisdicionado provou-se equivocada. Seja porque a lei, ela mesma, poderia ser agressora do sistema jurídico, seja porque a reconfiguração e a expansão das necessidades da sociedade fizeram com o que as leis se tornassem, de forma cada vez mais rápida, insuficientes e/ou obsoletas.⁷

Cientes desse fenômeno e a fim de garantir a maior longevidade e assertividade das normas na vida dos cidadãos, os próprios legisladores passaram a utilizar de técnica legislativa permeada de cláusulas gerais, conceitos abertos e princípios. A adoção dessa técnica, por óbvio, abriu espaço para que os juízes pudessem exercer – em maior ou menor grau – a sua criatividade.

Então, ultrapassado o positivismo jurídico, iniciou-se uma forte tendência ao principalismo e retomou-se nos países de tradição de *civil law* os debates acerca da dificuldade existente na realização do controle de legalidade sobre as decisões que são tomadas com base em normas abertas. Isso porque, diante da nova técnica legislativa que passou a ser adotada, o trabalho do juiz deixou de resumir-se à subsunção dos fatos à lei.

⁷ MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais: e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2019.

No Brasil, as mudanças na esfera jurisdicional impostas pela Constituição de 1988 - com a consagração dos direitos sociais - impuseram ao Judiciário uma crescente demanda no tocante aos direitos prestacionais. A exemplo do direito à saúde, embora o artigo 196 da Constituição da República do Brasil seja entendido como norma de caráter “programático”, é pacífico o entendimento de que esta norma constitucional possui plena eficácia. Inclusive, entender de forma diversa tornaria o preceito constitucional meramente decorativo, uma leviana promessa que causaria apenas frustração na justa expectativa nos jurisdicionados.⁸

Nesse sentido, é notória a evolução da jurisprudência a fim de trazer concretude à Constituição. Assim, o chamado “ativismo judicial”⁹, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado.”¹⁰

Isso porque, ao criar o direito, ou seja, ao trazer sentido às normas elaboradas a partir da utilização de conceitos indeterminados, cláusulas gerais, princípios jurídicos e vácuos legais aos casos concretos, podem surgir – e de fato

⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁹ O conceito de ativismo judicial é desafiador e controverso. Aqui, em breves linhas, adota-se ativismo judicial como uma postura expansiva – não necessariamente legítima ou ilegítima - do poder político-normativo dos julgadores. Mais especificamente no tocante à dimensão do ativismo judicial objeto deste estudo, relacionada às políticas públicas e sociais, para além de anular uma lei ou reconhecer uma omissão do Estado, o judiciário ativista determina contornos e meios necessários à – suposta - efetivação de um determinado direito. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. p. 32.

surgem – uma infinidade de decisões conflitantes. Essa situação fere evidentemente um dos pilares do Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica.

Destaca-se que a existência da inconsistência jurisprudencial observada decorre também de uma má compreensão da liberdade para decidir pelos magistrados. Confunde-se, frequentemente, a liberdade do judiciário com a liberdade do juiz:

Mas é relevante observar-se que essa liberdade não é DO JUIZ: é do judiciário. Aí entra a importância da jurisprudência uniforme: o judiciário interpreta a lei e esta interpretação há de valer para todos. Porque o direito há de ser o mesmo para todos.¹¹

Importante destacar que a Constituição Federal do Brasil garante a independência do Judiciário, enquanto instituição. A garantia dessa independência não se traduz na liberdade de cada magistrado individualmente decidir conforme suas convicções. Aos magistrados é determinado o exercício sua atividade dentro dos limites impostos pela norma jurídica: lei, doutrina e jurisprudência. Assim, cabe aos magistrados, no exercício de suas funções, zelar pela isonomia e segurança jurídica dos jurisdicionados, o que de modo alguma afasta a independência da instituição.¹²

Nesse sentido, como forma de solucionar a inconsistência jurisprudencial enfrentada, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 optou pela adoção de

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). Precedentes: grandes temas do novo cpc. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 164.

¹² PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

um sistema de precedentes judiciais previsto, principalmente, nos artigos 926 e 927 do respectivo álbum processual. Um autêntico *stare decisis brasiliensis*.

O artigo 926, ao estabelecer que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”, fixou uma estrutura básica por meio da qual restou explicitado o dever institucional dos órgãos do Poder Judiciário de assegurar e promover uma jurisprudência uniforme, verdadeiramente “padronizada”, com base em um sistema de precedentes judiciais obrigatórios destinados a garantir a corporificação dos princípios da igualdade e da segurança jurídica em meio aos múltiplos pronunciamentos jurisdicionais enunciados diariamente sobre questões idênticas ou fundamentalmente análogas. E, além do dever de uniformizar a jurisprudência, o mencionado dispositivo legal ainda impõe aos órgãos do Judiciário a atribuição de manter essa jurisprudência “estável, íntegra e coerente”. Estável, no sentido de constante e duradouro e não sujeita a bruscas modificações¹³. Íntegra, por almejar o esgotamento do exame dos argumentos em favor e contra a correspondente tese jurídica, considerando que um precedente somente é tão solido quanto for o esgotamento da análise da matéria pertinente aos fundamentos adotados para sustentar a posição manifestada. E coerente, por manifestar nitidamente conformidade e harmonia com as linhas de raciocínio já

¹³ Estável, mas não eterno e imutável, por ser da natureza humana eventual mudança de posição sobre tema já firmado, tornando possível uma alteração desde que observado os cuidados para não “trair” a confiança de quem acreditou na posição até então consolidada. Exatamente conforme destacado no §4º do artigo 927 do CPC Brasileiro: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

manifestadas sobre os mais variados temas objeto de apreciação do mesmo Judiciário.

O artigo 927 do CPC de 2015, por sua vez, alberga o elenco de precedentes obrigatórios que devem ser seguidos pelos juízes e órgãos colegiados do Judiciário brasileiro:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Neste contexto, os elementos dos incisos I e II do artigo já estavam previstos como precedentes obrigatórios em sede constitucional em virtude de emendas a Constituição Brasileira de 1988, inicialmente com a Emenda Constitucional nº 3 de 1993 estipulando a eficácia vinculante de decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ação declaratória de constitucionalidade e, posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 estipulando tanto a eficácia vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (§2º do artigo 102 da Constituição de 1988), bem como a sumula vinculante (artigo 103-A da mesma Carta Política).

Novidade no ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, foi a inclusão no elenco de precedentes os acórdãos oriundos dos mecanismos de formação concentrada de precedentes criados pelo legislador ordinário de 2015, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR, disciplinada nos artigos 976 a 987 do CPC de 2015) e o incidente de assunção de competência (IAC, tipificado no artigo 947 do CPC de 2015), e aperfeiçoados pelo mesmo legislador, o incidente de julgamento de recursos repetitivos. E estes precedentes judiciais gerados para uniformizar o entendimento jurisprudencial diante de múltiplos processos de causas repetitivas (ou, no caso do IAC, ainda antes da pulverização de ações em uma atomização típica de uma questão de direito de grande repercussão social), passaram a igualmente manifestar eficácia vinculante em virtude de uma densidade obrigacional mais acentuada, no mesmo nível dos precedentes elencados nos primeiros dois incisos do artigo 927 do CPC contemporâneo, por estar previsto no artigo 988, incisos III e IV, do citado diploma processual o cabimento de uma “reclamação” tanto para “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” como para “garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”¹⁴ e cassar o respectivo ato decisório.

Os elementos equiparados a precedentes pelo legislador ordinário de 2015 nos incisos IV e V do artigo 927 do CPC de 2015, as súmulas “comuns” do Supremo Tribunal federal e matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça

¹⁴ O cabimento da Reclamação do artigo 988 do CPC de 2015 contra decisão que venha a violar acórdão proferido em incidente de recursos repetitivos, por sua vez, exige o esgotamento da instância ordinária no processo originário, nos moldes do §5º do mesmo artigo 988.

em questões infraconstitucionais, além das “orientações” (no sentido de súmulas e outras teses correspondentes a orientações jurisprudenciais) dos tribunais aos quais se encontram sujeitos os juízes singulares e os órgãos colegiados, por seu turno, apresentam um grau de obrigatoriedade de menor densidade, uma vez que o desrespeito aos mesmos não autoriza, per se, a propositura da reclamação disciplinada pelos artigos 988 a 993 do álbum processual civil brasileiro.

Com tais alicerces, assim, o *stare decisis brasiliensis* foi lançado em 2015. Ocorre que a adoção de um sistema de precedentes no sistema jurídico brasileiro pareceu – à primeira vista - levar o ordenamento jurídico pátrio a cruzar uma fronteira histórica do *civil law* para o *common law*. Entretanto, mostra-se contraproducente lutar contra uma realidade que há muito já se instalou no sistema jurídico brasileiro e que não foi meramente importada do sistema alienígena e imposta ao sistema jurídico brasileiro, como foi demonstrado no recorrido histórico acima. Conforme bem pontua Bruno Dantas¹⁵:

Essa mitigação não deve ser atribuída ao acaso ou a alguma preferência exótica da Comissão de Juristas designada para elaborar o anteprojeto do novo CPC, ou daqueles que posteriormente colaboraram durante debate legislativo. Deveu-se, isso sim, à compreensão sedimentada entre os estudiosos do direito comparado de que também na dicotomia das grandes famílias do direito assiste razão à máxima aristotélica de que *in medio stat virtus*.

Além disso, ao analisar-se os argumentos trazidos pela doutrina contrária a adoção de um sistema de precedentes no Brasil, vê-se com clareza parte do

¹⁵ DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: O “novo” dever dos tribunais no código de Processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 262, dez. 2016, p. 324)

incômodo sentido pelos juristas diz respeito ao exercício da criatividade jurisdicional. Ocorre que, a adoção de um sistema de precedentes não prescreve, de forma alguma, a criatividade jurisdicional, mas, ao contrário, a limita e a sistematiza em prol da segurança jurídica e ao alcance da igualdade jurídica e material pelos jurisdicionados.¹⁶ Segundo Alfredo Neto e Hermes Zanetti Jr., o sistema de precedentes “procura limitar a discricionariedade dos julgadores vinculando-os às próprias decisões, constringendo-os a racionalizar suas decisões e elaborar categorias adequadamente amplas para que, nos casos futuros, a decisão tenha impacto em todos os casos similares ou análogos.”¹⁷

Desse modo, percebe-se que a adoção de um sistema de precedentes¹⁸ judiciais no ordenamento jurídico brasileiro chega para racionalizar e trazer previsibilidade. Chega em razão da compreensão de que nem a adoção de um

¹⁶ MACÊDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais: e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2019.

¹⁷ COPETTI NETO, Alfredo; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e Maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculante. 2017. Disponível em: <https://document.onl/law/os-deveres-de-coerencia-e-integridade-a-mesma-face-da-medalha-a-convergencia.html>. Acesso em: 08 set. 2021.

¹⁸ Registra-se a crítica de parte da doutrina acerca da adoção dos precedentes no Brasil, principalmente nos moldes trazidos pelo CPC/2015. Georges Abboud pontua as três principais distinções existentes entre o precedente do *common law* e o brasileiro, dividindo-as entre fatores histórico, hermenêutico e democrático. Destaca-se aqui a distinção apontada pelo autor no fator democrático, uma vez que o precedente no *common law* não nasce precedente, ele se torna precedente. A decisão do tribunal apenas será tida como um precedente na medida em que, em razão do reconhecimento de sua coerência, integridade e racionalidade, passa a ser aplicada pelos tribunais inferiores. O caráter democrático estaria, então, no reconhecimento pelos tribunais e juízes do status de precedente daquela decisão. Por outro lado, no Brasil, o art. 927 do CPC prevê um rol de provimentos judiciais que já nascem vinculantes, independente de sua qualidade e consistência. Consulte-se: ABBOD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 399-405.

sistema normativo positivista, nem a irrestrita liberdade opinativa do juiz – e não do judiciário – funcionaram para garantir a previsibilidade e a isonomia aos jurisdicionados.

A fim de contextualizar a explanação proposta, traz -se ao conhecimento do leitor os desfechos de duas ações judiciais – e de duas vidas- que tramitaram perante o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

3. A Pandemia do Coronavírus e o Direito Social à Saúde: dois casos e dois desfechos

A pandemia ocasionada pelo novo coronavírus escancarou e acentuou as deficiências político-econômicas do globo. Não houve sociedade, em maior ou menor grau de desenvolvimento, que não tenha sido impactada ou não tenha tido os seus dogmas – inclusive jurídicos - questionados pela presença do novo vírus.

No Brasil não foi diferente. As profundas desigualdades já existentes foram fortemente intensificadas no enfrentamento da pandemia. Apenas no estado de Pernambuco, até a data de redação deste artigo, houve 608.586 (seiscentos e oito mil quinhentos e oitenta e seis) casos confirmados de covid-19, além de 19.411 (dezenove mil quatrocentos e onze) óbitos notificados em decorrência do vírus.¹⁹

A Constituição brasileira prevê, em seu artigo 196, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

¹⁹ SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Pernambuco contra o coronavírus. Disponível em: <https://www.pecontracoronavirus.pe.gov.br/>. Acesso em: 02/09/2021.

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Sabe-se que a Covid-19 – nome dado à doença causada pelo coronavírus, principalmente em sua forma mais grave, compromete intensamente o sistema respiratório. Assim, inúmeros doentes necessitaram de respiradores mecânicos para sobreviver, além de cuidados constantes e especializados em UTI. Essa situação certamente tornou ainda mais oneroso e delicado para o Estado o cumprimento do direito à saúde constitucionalmente imposto.

Em Pernambuco, durante maio de 2020, a fila de espera para leitos de UTI chegou a atingir o número de 300 (trezentos) pacientes com suspeitas de coronavírus²⁰. Muitos desses pacientes buscaram judicialmente a garantia dos seus direitos constitucionalmente previstos, entre eles os Srs. José Tavares e Eutícia da Silva, cujos casos serão narrados a seguir.

O Sr. José Tavares, idoso de 73 (setenta e três anos) diagnosticado com Covid-19, ajuizou em 21 de maio de 2020 uma ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência de natureza antecipada visando a sua transferência imediata para leito de UTI²¹. Para comprovar a gravidade do seu estado, bem como a imprescindibilidade de sua transferência para leito de terapia intensiva, acostou

²⁰ COVID-19: *PERNAMBUCO ZERA FILA DE PACIENTES PARA UTI*. Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco, Recife, 07/06/2020. Disponível em: <https://www.pecontracoronavirus.pe.gov.br/covid-19-pernambuco-zera-fila-de-pacientes-para-uti/>. Acesso em: 05/08/2020.

²¹ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência 0012869-58.2020.8.17.2810. Autor: José Tavares Irmão. Réus: Município de Jaboatão dos Guararapes e Estado de Pernambuco. 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Jaboatão dos Guararapes. Ajuizado em: 21/05/2020.

aos autos técnico da médica que o acompanhava na UPA (Unidade de Pronto Atendimento).

Ao apreciar o pedido, o juízo de primeiro grau indeferiu-o, ponderando que as circunstâncias extraordinárias vivenciadas na pandemia demandavam também uma análise diferenciada do pedido de tutela de urgência, uma vez que notório o colapso na rede de saúde do estado de Pernambuco. Ressaltou, ainda que “se todos que estão à espera de leito de UTI ajuizassem uma ação, a fila, em tese, continuaria a mesma, só mudaria de lugar: do Poder Executivo para o Poder Judiciário”.

O Sr. José recorreu da decisão. Ao receber o agravo²², o relator do Tribunal de Justiça intimou o Estado de Pernambuco para se manifestar acerca da possibilidade de transferência do paciente para unidade de saúde na qual fosse ofertado o tratamento nos moldes indicados pela médica responsável.

O estado de Pernambuco informou a impossibilidade de transferência do paciente para leito de UTI em outra unidade de saúde e esclareceu que a administração de leitos no estado era feita pela central de regulação. Além disso, informou que a pandemia de coronavírus sobrecarregou sobremaneira o sistema de saúde de Pernambuco, tendo o CREMEPE (Conselho Regional de Medicina de Pernambuco) editado um parecer com diretrizes e critérios de escolha para a ocupação dos leitos de cuidado intensivo.

²² PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento 006336-40.2020.8.17.9000. Agravante: José Tavares Irmão. Agravados: Município de Jaboatão dos Guararapes e Estado de Pernambuco. 3ª Câmara de Direito Público. Gabinete do Des. Alfredo Sérgio Magalhães Jambo. Interposto em 22/05/2020.

Infelizmente, antes do julgamento do Agravo pelo Tribunal, o Sr. José Tavares faleceu, tendo o seu representante legal requerido, portanto, a desistência do recurso.

Em 3 de maio de 2020, igualmente contaminada, a Sra. Eutícia Mendes da Silva, idosa de 76 anos (setenta e seis anos), também diagnosticada com Covid-19, ajuizou ação de obrigação de fazer²³ contra o Estado de Pernambuco, com pedido de tutela de urgência de natureza antecipada. O objeto da ação também era a sua imediata transferência para leito de UTI conforme recomendação médica, em razão do seu quadro clínico com tosse seca, febre e cansaço.

Ao apreciar o pedido, o juiz de primeiro grau indeferiu-o, sob o argumento de que o estado de Pernambuco, assim como a maioria dos estados brasileiros, encontrava-se em colapso sanitário e cabia à administração pública, a partir de critérios técnicos, à administração dos leitos de UTI.

A Sra. Eutícia recorreu da decisão. Ao apreciar o pedido liminar, o Relator do Tribunal, antes mesmo da manifestação do ente federativo estadual, reformou a decisão do juízo de primeiro grau para determinar o imediato internamento da Sra. Eutícia, (embora tenha imposto, de forma contraditória, ao mesmo tempo o cumprimento imediato da decisão e à obediência à critérios isonômicos a serem observados pelos profissionais médicos). A paciente obteve os devidos cuidados intensivos, recebeu alta e venceu a Covid-19.²⁴

²³ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência 0918-76.2020.8.17.2710. Autora: Eutícia Mendes da Silva. Réu: Estado de Pernambuco. 2ª Vara Cível da Comarca de Igarassu. Ajuizado em: 03/05/2020.

²⁴ CONDEGE. Idosa que conseguiu atendimento hospitalar por meio de ação da DPE vence a covid-19 e vai para casa. Disponível em: <http://www.condege.org.br/publicacoes/noticias/idosa-que->

Os desfechos expostos trazem incômodo e reflexão. Percebe-se que dois cidadãos idosos, portadores da mesma doença, numa mesma cidade, num mesmo mês, com o mesmíssimo pleito e julgados pelo mesmo Tribunal de Justiça estadual, obtiveram provimentos judiciais opostos, cuja consequências trazidas foram, nefastas.

A divergência no posicionamento dos órgãos fracionários dos Tribunais de Justiça do Estado de Pernambuco na apreciação dos pedidos liminares proposto nos agravos contribuiu para determinar, para muito além dos autos, quem viveria e quem morreria.

Uma vez provocado, o Estado-Juiz não pode abster-se decidir. Inclusive, as mudanças na esfera jurisdicional impostas pela Constituição de 1988, com a consagração dos direitos sociais no Brasil, impuseram ao judiciário a crescente demanda acerca de direitos prestacionais.

Entretanto, embora a adoção de técnica legislativa que insere poros no ordenamento jurídico seja imprescindível à adaptação do direito e à durabilidade das normas - além de possibilitar a concretização dos deveres advindos do Estado Social - como efeito adverso percebe-se, frequentemente, que diante de um mesmo fato, ocorrido em um mesmo momento histórico e numa mesma localidade, são proferidas decisões com razões de decidir distintas pelo judiciário, gerando insegurança jurídica ao jurisdicionado.²⁵

conseguiu-atendimento-hospitalar-por-meio-de-acao-da-dpe-pe-vence-a-covid-19-e-vai-para-casa. Acesso em: 09/08/2020.

²⁵ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Nesse sentido, no âmbito das políticas de saúde pública, recorrentes são as decisões proferidas em demandas individuais a fim de coibir – ou não - os entes federativos a prestar serviços e tratamentos médicos considerados necessários e indispensáveis ao litigante.

Entretanto, quando se depara com ações individuais de obrigação de fazer contra o Estado, principalmente no tocante à administração de leitos, a exemplo das ações movidas pelos Srs. José e Eutícia, a equação muitas vezes é apreciada pelo juiz ou pelo órgão fracionário de Tribunal, de forma, ao nosso ver, equivocada.

Isso porque, quando o olhar se distancia da “bolha processual” e recai sobre o todo, facilmente percebe-se que a demanda ajuizada por José recai sobre o direito de Eutícia, que por sua vez é autora na demanda ajuizada contra o direito de José. Trata-se do direito à saúde de um cidadão, contra o direito à saúde de outro cidadão. Ambos os direitos são resguardados pela constituição, limitados pela realidade fática e que deveriam receber tutela isonômica por parte do Estado:

Na verdade, os dilemas envolvendo os direitos prestacionais impõem ao Tribunal não apenas decidir se a parte no processo tem direito a uma específica prestação estatal, mas, fundamentalmente, decidir se os demais indivíduos que se encontraram na mesma situação têm igual direito.²⁶

Portanto, nesses casos, não é proposta apenas uma ponderação entre o risco à saúde do particular e a escassez de recursos públicos do Estado. Trata-se, aqui, do risco causado justamente aos demais particulares em razão de decisões judiciais proferidas no âmbito da administração de recursos à saúde e a grave consequência gerada por decisões judiciais conflitantes. É necessário levar em consideração que,

²⁶ LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 189.

“cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais.”²⁷

Retomando os casos de José e Eunice, o direito em discussão diz respeito à obtenção para um determinado cidadão, por via judicial, de um recurso escasso (leito de UTI). Assim, José, Eutícia, e os demais 300 (trezentos) pacientes contaminados pelo Covid-19 esperavam um leito na rede pública de saúde do estado de Pernambuco.

José e Eutícia eram igualmente idosos, igualmente apresentavam comorbidades potencialmente agravadoras da Covid-19, igualmente possuíam laudos médicos que demonstravam a necessidade do tratamento médico intensivo urgente e os pedidos liminares foram apreciados pelo mesmo Tribunal estadual, com apenas poucos dias separando uma decisão e outra. Eutícia obteve o direito de internação no leito de UTI. José - e muitos outros - não.

Essa situação ilustra clara ofensa ao princípio constitucional da isonomia. Esse princípio é objetivo do Estado Democrático e não apenas limite. É dizer, para que seja obedecido o princípio da isonomia não basta que seja adotada uma conduta negativa, um deixar de fazer. Não se trata de uma mera proibição de que seja prestado tratamento desigual aos iguais. É necessário que isonomia seja concebida com um fim: um realizar concreto de promoção de condições iguais.²⁸

²⁷ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/225117210/A-Protecao-Judicial-dos-direitos-Sociais-sarmento>. Acesso em 02/08/2020. p.4.

²⁸ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

O princípio da isonomia, naturalmente, rege a atividade de todos os entes do poder estatal, seja do legislativo, executivo ou judiciário. Desse modo, devem também os tribunais promover a sua consecução dentro de sua atividade constitucional precípua de julgar.

Decorrente do princípio da isonomia, bem como dos princípios constitucionais do dever de motivação, do contraditório e segurança jurídica é o art. 926 do CPC/2015, que dispõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Embora muito se discuta na doutrina pátria se o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, seja por questões de ordem constitucional, seja porque o rol disposto no art. 927 do CPC/2015 não teria sido capaz de delinear um tradicional sistema de precedentes no direito brasileiro, entendemos que, embora haja certa miscelânea de conceitos na legislação e mesmo na aplicação dos precedentes pelos operadores do direito, indubitável é que seguimos em frente na construção de um sistema de precedentes brasileiro, distinto dos sistemas de common law, com tuas as suas peculiaridades e repleto de obstáculos a serem vencidos.

O que busca o sistema jurídico brasileiro ao permitir certo trânsito e absorção de conceitos do *common law* num país de tradição jurídica romano-germânica é direcionar o futuro do ordenamento jurídico brasileiro aceitando o caminho até hoje traçado pela Constituição Federal de 1988, pela legislação infraconstitucional, pelo poder interpretativo do judiciário e pela frutífera crítica

dos doutrinadores em prol do alcance da igualdade jurídica e material pelos jurisdicionados, preceito, aliás, reforçado no tocante ao Direito à Saúde, na medida em que o art. 196 da Constituição Federal prevê que a saúde é de todos e o seu acesso deve ser universal e igualitário.

Assim, retomando os aspectos do sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015, destaca-se o dever de uniformizar reforçado pelo seu art. 926, pressupondo que os tribunais não possam ser omissos diante de divergência internas sobre a mesma questão jurídica. “O tribunal tem o dever de resolver essa divergência, uniformizando o seu entendimento sobre o assunto.”²⁹

Era o que deveria ter ocorrido nas decisões proferidas nos casos de José e Eutícia, onde órgãos fracionários bem-intencionados nos casos postos sob sua apreciação decidiram conforme a autonomia que acreditavam possuir, em detrimento da consistência que a instituição deveria apresentar.

4. Conclusões

A globalização experimentada nos setores econômicos, sociais e de comunicação alcançou também o direito. No campo do direito processual, a tendência global reduziu as diferenças tradicionalmente existentes entre as grandes famílias de *common law* e *civil law*. Nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como o brasileiro, a ideia de que o juiz seria um mero

²⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). Precedentes: grandes temas do novo cpc. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 384.

declarante da lei cedeu espaço à necessidade criativa do judiciário à concretização dos mandamentos constitucionais.

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 exerceu um papel fundamental para o engrandecimento do papel do Poder Judiciário no Brasil ao prever uma série de normas de conteúdo programático e social que vem tornando cada vez mais complexa a relação entre lei e sentença.

Contudo, embora o judiciário enquanto instituição seja capaz de trazer concretude aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, como o direito à saúde - a exemplo do contexto trazido ao presente estudo – o criacionismo do juiz, ou do órgão fracionário dos tribunais, sem um sistema racional da utilização de seus precedentes, pode acentuar as desigualdades experimentadas pelo jurisdicionado a partir da inconsistência de suas decisões e da má compreensão do seu papel no Estado Social.

Especialmente no que tange ao Direito à Saúde, tratando-se de saúde de pública e gratuita, o cobertor é quase sempre curto. Isto é, há o eterno impasse entre a demanda por atendimentos médicos e a escassez de recursos do Estado. No cenário pandêmico, o cobertor tornou-se ainda mais curto frente ao aumento sem precedentes de procura por leitos de UTI.

Com a escassez dos leitos e os dramas enfrentados pelas famílias, o Poder Judiciário foi um sem-número de vezes instado a agir. Esteve na mão dos juízes e dos órgãos fracionários dos tribunais brasileiros julgar o direito à saúde de um cidadão versus o direito a saúde do outro, demonstrando que os direitos sociais previstos na Constituição brasileira de 1988 e a inconsistência jurisprudencial são duas faces da mesma moeda.

Isso porque o novo protagonismo alçado pelo judiciário pelo judiciário a partir da Constituição de 1988 ocorreu em um sistema jurídico ainda quase integralmente pautado *civil law*. O Poder Judiciário ainda não estava preparado e direcionado para agir de forma estável, íntegra e coesa enquanto instituição, características imprescindíveis ao cumprimento das normas constitucionais.

Nesse sentido, entendemos que foram bem-vindas as alterações trazidas pelo CPC de 2015, em consonância com o caminho que o nosso ordenamento jurídico vem percorrendo dentro de um Estado Social de Direitos. Assim, a mitigação ao sistema de *civil law* imposta pelos arts. 926 e seguintes do CPC de 2015 não se trata da escolha de Sofia. Trata-se de uma construção nossa, inspirada em ordenamentos estrangeiros que já passaram, ou passam, pelas mesmas angústias que a nossa em busca de igualdade e segurança jurídica.

Nesse sentido, devem os tribunais compreender o peso do seu protagonismo, agindo de forma consistente enquanto instituição, utilizando-se das ferramentas trazidas pelo sistema de precedentes imposto pelo CPC/2015, sob pena de o remédio da concretização dos Direitos Sociais pela via judicial tornar-se veneno ao jurisdicionado.

5. Referências

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 399-405.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*.

Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONDENGE. *Idosa que conseguiu atendimento hospitalar por meio de ação da DPE vence a covid-19 e vai para casa*. Disponível em: <http://www.condege.org.br/publicacoes/noticias/idosa-que-conseguiu-atendimento-hospitalar-por-meio-de-acao-da-dpe-pe-vence-a-covid-19-e-vai-para-casa>.

COPETTI NETO, Alfredo; ZANETI JUNIOR, Hermes. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e Maccormick na teoria dos precedentes judiciais normativos formalmente vinculante. 2017. Disponível em: <https://document.onl/law/os-deveres-de-coerencia-e-integridade-a-mesma-face-da-medalha-a-convergencia.html>. Acesso em: 08 set. 2021.

COVID-19: PERNAMBUCO ZERA FILA DE PACIENTES PARA UTI. *Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco*, Recife, 07/06/2020. Disponível em: <https://www.pecontracoronavirus.pe.gov.br/covid-19-pernambuco-zera-fila-de-pacientes-para-uti/>.

DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: O “novo” dever dos tribunais no código de Processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 262, p. 323-344, dez. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). *Precedentes: grandes temas do novo cpc*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 383-397.

LEITE, Glauco Salomão. *Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais: e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do common law necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; JAYME, Fernando Gonzaga (org.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2017. p. 271-304.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência 0918-76.2020.8.17.2710. Autora: Eutícia Mendes da Silva. Réu: Estado de Pernambuco. 2ª Vara Cível da Comarca de Igarassu. Ajuizado em: 03/05/2020

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência 0012869-58.2020.8.17.2810. Autor: José Tavares Irmão. Réus: Município de Jaboatão dos Guararapes e Estado de Pernambuco. 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Jaboatão dos Guararapes. Ajuizado em: 21/05/2020.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento 006336-40.2020.8.17.9000. Agravante: José Tavares Irmão. Agravados: Município de Jaboatão dos Guararapes e Estado de Pernambuco. 3ª Câmara de Direito Público. Gabinete do Des. Alfredo Sérgio Magalhães Jambo. Interposto em 22/05/2020.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/225117210/A-Protecao-Judicial-dos-direitos-Sociais-sarmento>.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *Pernambuco contra o coronavírus*. Disponível em: <https://www.pecontracoronavirus.pe.gov.br/>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 12, n. 67, p. 133-170, jan. 2016.

_____, A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial: paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al* (org.). *Precedentes: grandes temas do novo cpc*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 263-274.

ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de processo civil de 2015? 2016. *Revista de Processo*. Vol. 257. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec_a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.257.21.PDF. Acesso em: 28 jul. 2021.