

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS**

**ISABELA ALBANO PORTO PEREIRA**

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO À SAÚDE: UM  
ESTUDO A PARTIR DO CASO DA ADPF Nº 672**

**CAMPINAS**

**2024**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS  
ESCOLA DE CIÊNCIAS HUMANAS, JURÍDICAS E SOCIAIS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO  
ISABELA ALBANO PORTO PEREIRA**

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO À SAÚDE: UM  
ESTUDO A PARTIR DO CASO DA ADPF Nº 672**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Escola de Ciências Humanas, Jurídicas e Sociais, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Thiago Rodovalho

**CAMPINAS**

**2024**

Sistema de Bibliotecas e Informação - SBI  
Gerador de fichas catalográficas da Universidade PUC-Campinas  
Dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Pereira, Isabela Albano Porto

P436c

O Controle Judicial de Políticas Públicas no Direito à Saúde : Um estudo a partir do caso da ADPF nº 672 / Isabela Albano Porto Pereira. - Campinas: PUC-Campinas, 2024.

129 f.

Orientador: Thiago Rodovalho dos Santos.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola de Ciências Humanas, Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2024.

Inclui bibliografia.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização da Política. 3. Controle de Constitucionalidade. I. Santos, Thiago Rodovalho dos. II. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Escola de Ciências Humanas, Jurídicas e Sociais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

---

**ISABELA ALBANO PORTO**  
**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO**  
**DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO**  
**DA ADPF Nº 672**

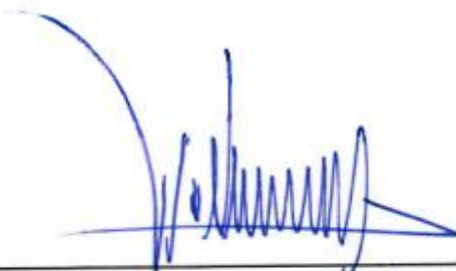
Este exemplar corresponde à redação final da Dissertação de Mestrado em Direito da PUC-Campinas, e aprovada pela Banca Examinadora.

APROVADO: 17 de dezembro de 2024.

Documento assinado digitalmente  
**gov.br** THAIS AMOROSO PASCHOAL  
Data: 19/12/2024 14:48:06-0300  
Verifique em <https://validar.itl.gov.br>

---

DR. THAÍS AMOROSO PASCHOAL (UNAERP)



---

DR. JOSUE MASTRODI NETO (PUC-CAMPINAS)



---

DR. THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS – Presidente (PUC-CAMPINAS)

*“[...] havendo poder sempre há resistência,  
e havendo resistência sempre há  
inversões de forças nos espaços  
institucionais” (Luiz Eduardo Motta)*

## AGRADECIMENTOS

A jornada do mestrado sempre foi um sonho para mim, entretanto, não poderia imaginar que o caminho percorrido durante estes 2 anos poderia me trazer aprendizados tão profundos e valiosos. O aprendizado vai além do conhecimento obtido e do aperfeiçoamento profissional: durante o trajeto, aprendi a valorizar cada etapa do processo, a ter paciência e entender a beleza do caminho, não só do resultado final. Aprendi a importância dos tropeços, de saber lidar com a ansiedade, e as dificuldades que se apresentam diante do aprofundamento no tema. A pesquisa nos enriquece de inúmeras formas!

Chegar ao final deste percurso só foi possível a partir do apoio e incentivo de diversas pessoas que não poderia deixar de agradecer. Primeiramente, agradeço à Pontifícia Universidade Católica de Campinas, instituição em que me graduei e onde agora tenho o privilégio de me especializar.

Agradeço ao meu marido, Henrique Zigart Pereira, por ser meu incentivador, por estar sempre ao meu lado e por não poupar esforços para que este sonho pudesse se realizar.

Agradeço também aos meus pais, Ana Cláudia e Renato, por serem meu porto seguro e por acreditarem em mim, mesmo quando eu mesma duvidei. À minha avó, Cláudia, pelo carinho e cuidado de todos os dias.

Agradeço aos meus irmãos, Henrique e Matheus, pelo apoio e parceria de sempre, e especialmente à minha irmã, Rebeca, com quem compartilho também a profissão, e que me trouxe leveza aos dias de ansiedade, me motivando durante todo o percurso do mestrado.

Ao meu orientador, Prof. Thiago Rodovalho, meus mais sinceros agradecimentos pelos ensinamentos, generosidade e paciência. Sou grata por todo o auxílio durante o desenvolvimento da pesquisa. Suas contribuições foram essenciais para a realização deste trabalho.

Aos professores membros da banca do mestrado, Prof. Josué Mastrodi e Profa. Thaís Amoroso Paschoal, por terem despendido seu tempo e atenção para a leitura desta pesquisa e pelas valiosas sugestões realizadas na banca de qualificação.

Ao Prof. Marcelo Hilkner Altieri, deixo meus agradecimentos pela amizade e por ser, além de sócio, meu mentor na advocacia, bem como por ter aberto para mim as portas da docência, me apoiando a buscar sempre o aperfeiçoamento profissional.

Por fim, agradeço ao corpo docente do mestrado e aos colegas de turma, por me proporcionarem tantos aprendizados que levarei para a vida.

## RESUMO

No presente estudo, buscou-se analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 672, na qual o Poder Judiciário, na figura de seu órgão máximo, foi instado a se manifestar a respeito da divisão de competências entre os entes da federação para a elaboração de políticas públicas de contenção à COVID-19, ante a postura negacionista do Poder Executivo Federal e a sua omissão diante da tarefa de elaborar um plano coordenado de enfrentamento à pandemia. No caso em tela, nota-se a inversão da relação de divisão e de supervisão dos poderes, o que poderia acarretar em um desequilíbrio do sistema de freios e contrapesos, essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, e ainda em um problema de legitimidade, já que a Suprema Corte, apesar de não se tratar de órgão eleito pelo povo, proferiu a última palavra quanto à questão que tangencia a política. Nesse sentido, pretende-se perquirir a legitimidade dessa atuação do Supremo, em contraponto ao Poder eleito pelo povo. Para tanto, utilizou-se de método empírico qualitativo, por meio da estratégia do estudo de caso, mediante análise da legitimidade da atuação do STF no julgamento da ADPF nº 672, a fim de confirmar ou rejeitar a hipótese de que a intervenção judicial se deu de forma legítima, ante a necessidade de garantia do direito fundamental à saúde e da proteção das minorias vitimadas pela omissão estatal. Além disso, para elucidar a questão e enfrentar o problema, foi utilizado o método de revisão bibliográfica e o exame de diversos diplomas legais. Assim, pretendeu-se demonstrar que o Supremo Tribunal Federal contribuiu com a efetivação de medidas de contenção à pandemia de COVID-19, funcionando como instrumento para contestação política nesse jogo de equilíbrio entre as instituições em tempos de crise sanitária e de representatividade.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. COVID-19. Direito à saúde. Judicialização da política. Controle de constitucionalidade.



## ABSTRACT

In this study, we sought to analyze the performance of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in the judgment of ADPF n. 672, in which the highest court of the Judiciary was urged to express its opinion regarding the division of competences between the entities of the federation in the development of public policies to contain COVID-19, given the stance of denial taken by the Federal Executive Branch and its failure to develop a coordinated plan to address the pandemic. In the case at hand, there is a noticeable inversion of the division and supervision of powers, making checks and balances lopsided, a system that is essential to maintaining the Democratic Rule of Law, and further creating an issue of legitimacy, since the Supreme Court, despite not being elected by the people, had the last word on a question that is adjacent to politics. In this sense, we aim to ascertain the legitimacy of this action of the Supreme Court, standing in opposition to the power elected by the people. To this end, a qualitative empirical method was employed, conducting a case study and analyzing the legitimacy of the actions of the STF in the judgment of ADPF n. 672, in order to either confirm or reject the hypothesis that the judicial intervention was legitimate, given the need to safeguard the fundamental right to health and to protect minorities victimized by State negligence. Furthermore, to elucidate the subject and address the problem, a literature review method was used, leading to the examination of various legal texts. Thus, the aim was to demonstrate that the Federal Supreme Court contributed to the implementation of measures to contain the COVID-19 pandemic, operating as an instrument of political dispute in this balancing act between institutions amid crises of health and representation.

**Keywords:** Federal Supreme Court. COVID-19. Right to health. Judicialization of politics. Constitutional review.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
I.1 Nota metodológica.....	16
I.1.1 Do método empírico qualitativo e a estratégia do estudo de caso.....	16
I.1.2 Da amostra escolhida.....	18
I.1.3 Descrição do caso da ADPF nº 672.....	20
<b>1 O DIREITO À SAÚDE E A COVID-19</b> .....	25
1.1 O direito fundamental e social à saúde.....	25
1.2 O direito à saúde na Constituição de 1988.....	29
1.3 A criação do SUS e a universalização da saúde.....	33
1.3.1 Das diretrizes do SUS.....	33
1.3.2 A estruturação do SUS a partir da Lei nº 8.080 de 1990.....	36
1.4 A crise sanitária decorrente da COVID-19 e a ausência de coordenação no enfrentamento da pandemia.....	42
1.4.1 Os instrumentos institucionais de coordenação de políticas sociais de saúde pelo Governo Federal.....	44
<b>2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA</b> .....	48
2.1 O controle de constitucionalidade: panorama histórico e o sistema brasileiro.....	48
2.1.1 Referência histórica do controle de constitucionalidade.....	48
2.1.2 O controle de constitucionalidade no Brasil.....	51
2.2 A dificuldade contramajoritária.....	53
2.2.1 Argumentos contrários à jurisdição constitucional.....	55
2.2.2 Argumentos favoráveis à jurisdição constitucional.....	57
2.2.2.1 Direitos como trunfos e a limitabilidade dos direitos fundamentais.....	60
2.3 Da aproximação entre o Direito e a política.....	65
2.3.1 Jurisdição e judicialização.....	65
2.3.2 A relação entre Direito e política.....	71
2.3.3 Jurisdição constitucional como parte do ciclo institucional democrático.....	73
2.3.4 Limites da intervenção jurisdicional legítima na concretização de direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas.....	76
2.3.4.1 Dos direitos fundamentais e as omissões administrativas.....	76

2.3.4.2	Do pressuposto e dos limites para a intervenção legítima.....	81
2.3.4.3	Um controle de constitucionalidade limitado pela separação dos poderes...	86
<b>3</b>	<b>A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE</b>	
	<b>POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À COVID-19.....</b>	<b>96</b>
3.1	Estudo de caso ADPF nº 672.....	96
3.1.1	A omissão do Poder Executivo Federal na coordenação de políticas públicas de enfrentamento da pandemia.....	97
3.1.2	Da legitimidade do controle judicial no caso da ADPF nº 672.....	104
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>110</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>116</b>

## INTRODUÇÃO

No final de 2019, foi descoberto na China um novo tipo de coronavírus (SARS-CoV-2), que desencadeava a doença COVID-19 em seres humanos<sup>1</sup>. O vírus se disseminou rapidamente por diversos países ao redor do mundo, de modo que, em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) decretou Estado de Emergência de Importância Internacional (ESPII)<sup>2</sup>. Logo a pandemia de COVID-19 se revelou uma crise sanitária sem precedentes, no Brasil e no Mundo.

Ocorre que, durante a pandemia, além das questões de saúde, evidenciou-se no país uma ampliação dos conflitos políticos e um tensionamento entre os poderes, diante da ausência de coordenação por parte do Poder Executivo Federal no enfrentamento da crise de saúde. Referidos conflitos acabaram desaguando no Poder Judiciário e impulsionando a judicialização da política e das políticas públicas<sup>3</sup>.

Nesse contexto, o Governo Federal apresentou uma postura dissidente com relação às propostas de políticas públicas para enfrentar a pandemia defendidas pelos governos dos estados, sobretudo no que se refere às medidas de isolamento e distanciamento social. O Presidente da República e seus apoiadores sustentavam a adoção de medidas administrativas de distanciamento mais brandas, sob a justificativa de que seria necessária a proteção da economia, enquanto boa parte dos governadores e prefeitos defendiam que a implementação das medidas de distanciamento social e sua intensidade deveriam observar as particularidades regionais e locais, no que diz respeito à gravidade, efeitos e taxa de letalidade da pandemia<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). Histórico da Pandemia de COVID-19. **OPAS/OMS**, [2021]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. **OPAS/OMS**, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 35, e247055, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-3352.2021.35.247055>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>4</sup> GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. Políticas públicas de saúde e lealdade federativa: STF afirma protagonismo dos Governadores no enfrentamento à COVID-19. **Direito Público**, v. 17, n. 94, p. 193-217, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 203.

Desse modo, diante da ausência de uma coordenação ou consenso quanto às medidas a serem adotadas, conflitos começaram a emergir entre os entes federativos e a questão foi judicializada, levando o Supremo Tribunal Federal (STF) a se manifestar sobre questões que perpassam a política.

O problema de fundo residiria no fato de o Poder Judiciário, por não se tratar de um poder eleito pelo povo, em tese não teria legitimidade democrática para deliberar a esse respeito, por não representar o desejo majoritário da sociedade, podendo assim ocasionar um desequilíbrio no sistema de separação de poderes, imprescindível à manutenção do Estado Democrático de Direito — sendo este o ponto nevrálgico do presente trabalho. Aqui, analisaremos a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle judicial de políticas públicas durante a pandemia, à luz do paradoxo da democracia.

Assim, surgem os questionamentos centrais da dissertação: quais são os limites da intervenção judicial em atos da administração ou legislativos? Esses limites foram respeitados pelo Supremo no controle judicial de políticas públicas durante a pandemia?

Para responder a tais questionamentos, optamos pela utilização do método de estudo de caso único, a partir da análise da ADPF nº 672<sup>5</sup>. Há que se ressaltar neste ponto que, dada a peculiaridade do método, a escolha metodológica e os caminhos tomados para determinar o caso explorado serão abordados com maior profundidade em item específico, no qual também será apresentada a descrição analítica do caso, delimitando os contornos da pesquisa.

Ademais, para que se construísse um arcabouço teórico para a análise do caso concreto, também foi realizada uma pesquisa bibliográfica sobre os temas de saúde, COVID-19, judicialização da política e das políticas públicas, controle de constitucionalidade e ativismo judicial, entre artigos científicos, teses e dissertações.

Para a elucidação do tema e enfrentamento do problema, também foi empregado o exame de diversos diplomas legais brasileiros, tais como a Constituição Federal (CF) e a Lei Orgânica do SUS; bem como tratados, planos de ação e

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (COVID-19). Respeito ao federalismo. Lei Federal 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de outubro de 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em: 25 out. 2024.

recomendações realizadas no plano internacional para a contenção da COVID-19, pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Nesse sentido, tomamos como ponto de partida a hipótese de que a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 672 foi legítima, pois foram observados os limites constitucionais para garantir a defesa do direito fundamental à saúde e a proteção às minorias vitimadas pela omissão estatal.

Dito isso, no primeiro capítulo foi realizado um estudo acerca do desenvolvimento do direito à saúde como um direito social, e que portanto exige uma prestação do Estado para ganhar efetividade. Além disso, procuramos analisar o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988 e da Lei do SUS, visando compreender o papel do Governo Federal e dos governos dos estados na promoção do direito fundamental à saúde. Ao final, foi apresentado um breve contexto da crise sanitária decorrente da COVID-19, desde os primeiros casos em Wuhan, na China, até o fim do estado de emergência de importância internacional; bem como introduzimos as orientações e diretrizes realizadas no plano internacional pela OMS para contenção da COVID-19.

Em seguida, no capítulo 2, abordamos a questão do controle de constitucionalidade, retomando um breve histórico dos principais modelos de controle de constitucionalidade e do modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil. Nesse capítulo também foi apresentada a discussão teórica acerca da dificuldade contramajoritária e dos limites da intervenção judicial legítima.

Finalmente, no último capítulo da dissertação, mergulhamos na análise do caso, considerando o contexto pandêmico e confrontando aquilo que a bibliografia até então explorada apontou acerca dos limites da intervenção do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade com a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº 672, a fim de aferir se houve excesso por parte dessa Corte Suprema nesse caso, extrapolando limites institucionais do modelo de separação de poderes.

A pesquisa se justifica dado o impacto jurídico, social e prático que representa. O tema possui impacto jurídico, visto que o fenômeno da judicialização da política e das políticas públicas é interdisciplinar, e que apesar de já ser abordado como objeto

de debate acadêmico há anos, entre diversas ondas de estudos sobre o assunto<sup>6</sup>, ganha novos contornos diante da pandemia de COVID-19 e a crise político-partidária que se vislumbra no Brasil.

Frisamos que ocorreu uma mudança do posicionamento da Suprema Corte, durante esse período, que merece atenção: “o STF claramente se contrapôs às medidas do presidente, muito mais do que a literatura sobre judicialização da política retratou no passado, sobretudo em questões relativas ao combate à pandemia”<sup>7</sup>.

Nesse ínterim, o cenário político atual fomenta novos debates a respeito da judicialização da política e das políticas públicas de saúde, bem como a respeito de como o Poder Judiciário tem se manifestado nesses casos, se revelando, apesar das críticas à possibilidade de ameaça à soberania popular por sua atuação contramajoritária, um importante espaço institucional para que grupos sociais e classes da sociedade que não dirigem o aparato estatal possam fazer suas demandas serem atendidas, dentro do viés legal<sup>8</sup>.

Logo, o tema também demonstra ser relevante no aspecto social, visto que busca discutir o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas de saúde no combate à pandemia, diante da inação do Poder Executivo Federal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem importante papel na garantia da prevalência dos princípios fundamentais da Constituição Federal, sobretudo no tocante ao direito social à saúde, em contraponto a práticas autoritárias do Poder Executivo Federal<sup>9</sup>.

Busca-se, em suma, analisar se a atuação da Suprema Corte no controle de constitucionalidade durante a pandemia foi legítima, por ter contribuído com a garantia do direito à saúde, sobretudo às minorias, diante da omissão do Poder Executivo Federal.

Considerando o exposto, a pesquisa justifica sua relevância social, pelo fato de visar a compreensão da importância de um Poder Judiciário independente e forte para a preservação da democracia e a garantia dos direitos das minorias, a partir do controle de constitucionalidade.

---

<sup>6</sup> OLIVEIRA; MADEIRA, 2021.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>8</sup> MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da Política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça a soberania popular? **Revista Quaestio Iuris**, v. 5, n. 1, p. 256-285, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2012.9878>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 283.

<sup>9</sup> OLIVEIRA; MADEIRA, *op. cit.*

Outrossim, a presente pesquisa possui pertinência em seu aspecto prático, haja vista que, diante da ampliação do Poder Judiciário, se faz necessária a discussão acerca dos limites dessa atuação, para que se garanta o respeito e a própria subsistência da jurisdição constitucional.

Por derradeiro, há que se esclarecer que a pesquisa se relaciona com a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, por ter como objeto o estudo do direito à saúde, considerado um direito humano e que se apresenta no rol de direitos sociais insculpidos no art. 6 da Constituição Federal.

De mesmo modo, a pesquisa possui vinculação com a linha de direitos humanos e políticas públicas, visto que busca investigar a atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação de medidas de contenção da pandemia de COVID-19, em função de sua judicialização e seu papel como instrumento para contestação política nesse jogo de equilíbrio entre as instituições em tempos de crise sanitária e de representatividade.

## I.1 Nota metodológica

### I.1.1 Do método empírico qualitativo e a estratégia do estudo de caso

No presente trabalho, optamos pela utilização do método qualitativo para realizar um estudo empírico do controle judicial de políticas públicas de saúde exercido pelo Supremo Tribunal Federal durante a pandemia de COVID-19, a partir da técnica do estudo de caso. Dessa forma, neste tópico devemos esclarecer a adequação do método e da estratégia adotada para o enfrentamento do problema de pesquisa.

Yin, ao discorrer sobre as diversas estratégias de pesquisa, destaca que a escolha por uma ou outra estratégia é feita a partir da pergunta que se pretende responder<sup>10</sup>. De acordo com referido autor, a estratégia do estudo de caso seria vantajosa em situações em que a pesquisa se volta à investigação do *como* ou do

---

<sup>10</sup> YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001. p. 26.



*porquê* de acontecimentos contemporâneos sobre os quais o pesquisador possui pouco ou nenhum controle<sup>11</sup>.

Nesse sentido, vale destacar que o presente trabalho possui como objetivo analisar, à luz do paradoxo da democracia, como se deu a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle judicial de políticas públicas de saúde para o enfrentamento da pandemia de COVID-19.

Assim, o problema a ser enfrentado se concentra na legitimidade democrática da atuação do Supremo no controle judicial de políticas públicas, uma vez que, apesar de não se tratar de órgão eleito pelo povo e, portanto, não possuir capacidade para deliberar, foi instado a se manifestar sobre questões que permeiam a política durante a crise sanitária decorrente da pandemia de COVID-19. Logo, a pesquisa é conduzida pelos seguintes questionamentos: quais os limites da intervenção judicial em questões adjacentes à política? O Supremo Tribunal Federal ultrapassou esses limites no controle judicial de políticas públicas de saúde durante a pandemia de COVID-19?

É notável que a natureza da pergunta formulada e o caráter exploratório da pesquisa denotam que a adoção do método empírico e da estratégia do estudo de caso não são apenas adequadas, como vantajosas ao desenvolvimento do trabalho, por permitirem que se aborde de forma aprofundada e sob diversas perspectivas a questão da legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nas questões relacionadas às políticas públicas de saúde no contexto da pandemia de COVID-19, permitindo assim que a hipótese seja confirmada ou rejeitada ao final.

No mesmo sentido, Maíra Machado ressalta que a estratégia metodológica do estudo de caso possui o potencial de revelar aspectos e características de uma determinada questão que não seriam facilmente acessados mediante a adoção de outras estratégias<sup>12</sup>. Portanto, a estratégia do estudo de caso se justifica no presente trabalho em razão do objetivo de pesquisa e das perguntas que se propõe a responder.

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>12</sup> MACHADO, Maíra Rocha. Estudo de Caso na Pesquisa em Direito. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coords.). **Metodologia da pesquisa em direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 741-795. p. 746.

### I.1.2 Da amostra escolhida

Além da demonstração da adequação do método e da estratégia adotada, é imprescindível esclarecer a suficiência do caso escolhido para o desenvolvimento do estudo<sup>13</sup>: de acordo com Machado<sup>14</sup>, “revelar as estratégias de seleção do caso e seu modo de construção torna-se uma exigência incontornável à inscrição das pesquisas realizadas por intermédio do estudo de caso no campo científico”. Sendo assim, passamos a descrever as estratégias de seleção do caso e a sua pertinência à pesquisa desenvolvida.

Durante a pandemia, a judicialização foi intensa. De acordo com os dados do painel de ações de COVID-19 no portal do STF, foram computados mais de 11.000 processos relativos à temática<sup>15</sup>. Wang e colaboradores<sup>16</sup> ponderam que o Brasil é um país que apresenta litigiosidade alta e ampla judicialização, ainda apontando que ao longo dos anos o Supremo Tribunal Federal já vinha assumindo uma posição de protagonismo em decisões políticas e sociais relevantes, o que faz com que o seu papel como árbitro de questões centrais relacionadas à pandemia não seja surpreendente.

Os autores destacam ainda mais dois fatores que teriam contribuído para a intensa judicialização durante a pandemia e para a posição de protagonismo assumida pelo Supremo no enfrentamento da crise: a atuação do Executivo Federal desalinhada com o consenso científico e as frequentes disputas sobre competência federativa, decorrentes da ausência de um plano coordenado pelo Governo Federal de resposta à crise sanitária, somadas a situações em que o próprio Presidente da República tentou barrar as respostas dos governos subnacionais<sup>17</sup>.

Dessa forma, dentre as inúmeras ações ajuizadas, optamos por dar enfoque à atuação do Supremo em controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, na sua atuação no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Diretas

---

<sup>13</sup> MACHADO, 2023, p. 760.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 765.

<sup>15</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Painel de ações Covid-19. **Qlik Sense Mashup**, [24 out. 2024]. Disponível em: [https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html). Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>16</sup> WANG, Daniel Wei Liang *et al.* O STF e as medidas para prevenção e tratamento da covid-19. **Revista Direito GV**, v. 19, e2336, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202336>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 2.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 2.

de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em função da eficácia *erga omnes* e do caráter vinculante das decisões proferidas em tais ações.

Outrossim, considerando o objetivo de pesquisa e os questionamentos que conduzem o trabalho, que tocam a questão da separação dos poderes e os limites da interferência do Judiciário em assuntos sobre os quais, ao menos em princípio, apenas os Poderes Executivo e Legislativo teriam legitimidade para decidir, buscamos encontrar ações em controle concentrado de constitucionalidade que versassem sobre o tema da divisão de competências entre os entes da federação, sobretudo no que se refere à adoção de medidas de distanciamento social para a contenção da COVID-19.

A busca por ações a partir de tais parâmetros se justifica por permitir a discussão sobre os limites da atuação de cada um dos poderes em diversos aspectos, sobretudo diante da ausência de um plano coordenado de enfrentamento da pandemia, ponto que será abordado com maior profundidade nos próximos capítulos. Assim, partindo do referido recorte, destacaram-se as seguintes ações: ADI nº 6341, ADI nº 6343 e ADPF nº 672<sup>18</sup> — as três ações tratam da temática da divisão de competências entre os entes da federação.

Na ADI nº 6341<sup>19</sup> foi discutida a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.979/2020 (incisos I, II e VI e os §§ 8, 9, 10 e 11 do artigo 3), que foram alterados pela Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020, sob o fundamento de que as referidas normas contrariavam a autonomia federativa e expropriavam dos entes subnacionais a competência para adotar medidas de enfrentamento da pandemia, sobretudo no tocante a isolamento, quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos, e interdição de atividades e serviços essenciais. Já na ADI nº 6343<sup>20</sup>, apesar de serem abordados os mesmos diplomas legais, a discussão se

---

<sup>18</sup> WANG, 2023, p. 6.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal**. Referendo em Medida Cautelar em Ação Direta da Inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei 13.979 de 2020. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Marco Aurélio, 14 de abril de 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.343 Distrito Federal**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (COVID-19). As regras de distribuição de competências são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de

centrava nos dispositivos que trouxeram limitações aos entes subnacionais no que diz respeito à imposição de restrições de locomoção intermunicipal (incisos VI, alínea b, e os §§ 1, 6 e 7, inciso II, do artigo 3).

A ADPF nº 672<sup>21</sup>, por sua vez, possui abordagem mais ampla do que as ações declaratórias de inconstitucionalidade destacadas acima: apesar de abordar a questão da divisão de competências entre os entes da federação, também discute as ações e omissões do Poder Executivo Federal na reação à crise de saúde pública e a insuficiência da resposta do poder público aos impactos econômicos da crise. Nessa ação foi requerida a intervenção do Supremo Tribunal Federal para obstar condutas do Presidente da República que pudessem ferir preceitos fundamentais, bem como solicitou que o Poder Judiciário interviesse de modo a assegurar a implementação de políticas públicas para garantia do emprego e renda, o que justifica a escolha desse caso em detrimento das demais causas citadas, por propiciar um debate mais amplo e aprofundado sobre a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas durante a pandemia.

Sendo assim, tendo sido apontados os caminhos adotados para a escolha do caso, passa-se à sua descrição analítica a fim de delimitar seus contornos e justificar a sua pertinência para o estudo em questão.

### I.1.3 Descrição do caso da ADPF nº 672

A ADPF foi intentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), contra ações e omissões praticadas pelo Poder Público Federal na coordenação de políticas públicas nas áreas da saúde e da economia para enfrentamento da crise decorrente da pandemia do novo coronavírus. O Conselho da Ordem apontou em sua exordial que a emergência de saúde pública decorrente da COVID-19 reclamava uma atuação responsável e eficiente dos governos, pautada em evidências científicas.

Ocorre que, de acordo com a entidade demandante, a despeito do Governo Federal, com a colaboração dos demais Poderes da República, estar munido do

---

divisão de centros de poder em um Estado de Direito (arts. 1º e 18 da CF). Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Marco Aurélio, 6 de maio de 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>21</sup> BRASIL, 2020d.

instrumental necessário para reagir à crise, sua atuação era deficitária, colocando em risco a vida da população e violando preceitos fundamentais da República. Em função da promulgação da Lei nº 13.979/2020, havia a possibilidade de implementar de medidas sanitárias como isolamento social, quarentena e restrição à circulação de pessoas, além de procedimentos mais céleres para a contratação de bens e serviços destinados ao enfrentamento da crise de saúde pública. Ademais, diante da aprovação do Decreto Legislativo nº 6/2020, foi autorizada a elevação dos gastos públicos para garantia da saúde, emprego e renda da população.

Nas palavras da peticionária,

[...] na contramão das maiores autoridades políticas do mundo, contrariando as recomendações da OMS e as principais referências científicas, sanitárias e epidemiológicas, em confronto com as medidas adotadas pelos governos estaduais e com a orientação traçada pelo próprio Ministério da Saúde, criando uma cisão dentro do governo federal, o Presidente da República tem sistematicamente minimizado os efeitos da pandemia do novo coronavírus no Brasil e endossado um afrouxamento das medidas sanitárias de prevenção e de contenção<sup>22</sup>.

O órgão arguente ainda frisou os impactos dessa atuação do Executivo Federal, ao dispor que, “em um primeiro plano, o discurso e a atuação do Presidente servem como exemplo – ou como ‘antiexemplo’”<sup>23</sup>, acrescentando que, “[...] em um segundo plano, no nível institucional, a postura do Presidente ameaça a eficácia das políticas de enfrentamento ao COVID-19, seja na relação com os demais entes da federação, seja dentro do próprio Governo Federal”<sup>24</sup>.

Nesse sentido, estaria justificada

uma atuação excepcional do Poder Judiciário para, preventivamente, impedir que o Presidente da República adote medidas contrárias às determinações técnicas da OMS e das autoridades sanitárias do país e, especificamente, para impedir a edição de decreto que determine o fim do isolamento social como medida de prevenção e contenção à disseminação do vírus<sup>25</sup>.

A entidade também sustentou em sua peça inaugural que a resposta do governo aos impactos da pandemia na economia estaria se demonstrando insuficiente

---

<sup>22</sup> BRASIL, 2020d.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

para a garantia do emprego e da renda, tornando necessária a intervenção do Poder Judiciário.

O Conselho defendeu a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário no âmbito da implementação de políticas públicas voltadas à garantia de direitos fundamentais. De acordo com a entidade peticionária, “[...] a fiscalização jurisdicional não representa ofensa ao princípio da separação dos poderes e não substitui o Poder Executivo, que tem preservada sua liberdade de conformação política, atendidas as exigências da Constituição”<sup>26</sup>.

Assim, a peticionária, sustentando violação aos artigos 1; 2; 6; 23, II; 24, IX; e 196 da Constituição Federal, pugnou que o STF determinasse em sede de medida cautelar:

- (i) que o Presidente da República se abstenha de decretar o fim do isolamento social, atendendo às orientações técnicas emanadas do Ministério da Saúde enquanto perdurarem os efeitos da pandemia do coronavírus (COVID-19);
- (ii) que o Poder Executivo seja instado a implementar, de maneira imediata, os benefícios emergenciais para desempregados, trabalhadores autônomos e informais, os quais foram aprovados em sessão do dia 30 de março Senado Federal;
- (iii) que os processos de concessão do Bolsa-Família que estão parados por questões meramente documentais ou administrativas sejam temporariamente liberados para seus beneficiários durante o estado de calamidade pública decorrente da crise do COVID-19, retomando-se a exigências regulares após o fim da situação excepcional<sup>27</sup>.

Ao final, requereu a procedência dos pedidos quanto ao mérito a fim de: (i) que o Presidente da República se abstinhasse de adotar medidas de enfrentamento da pandemia de COVID-19 que fossem contrárias às orientações técnicas e sanitárias das autoridades nacionais e internacionais; (ii) que fosse assegurada a manutenção das medidas de isolamento social determinadas pelas autoridades sanitárias; (iii) a adoção de procedimentos mais céleres e desburocratizados para a implementação das medidas econômicas, especialmente daquelas destinadas à preservação do trabalho e da renda mínima dos setores mais vulneráveis, como é o caso dos trabalhadores autônomos e informais, bem como da população de baixa renda<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> BRASIL, 2020d.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

A ADPF foi distribuída ao Ministro Relator Alexandre de Moraes em 1 de abril de 2020, que determinou que o Presidente da República prestasse informações sobre o objeto da arguição<sup>29</sup>.

Sendo assim, a Advocacia Geral da União (AGU), representando o Presidente da República, prestou informações, com preliminares de inadequação da via processual eleita, sob o argumento de que não teriam sido indicados pela petionária os atos concretos do poder público que estariam sendo praticados em desacordo com preceitos fundamentais; e de não atendimento ao princípio da subsidiariedade, uma vez que a pretensão do Conselho da OAB deveria ser buscada pela via de ação de obrigação de fazer<sup>30</sup>.

Além disso, também foi sustentado em preliminar que o acolhimento dos pedidos da parte arguente configuraria violação do princípio da separação dos poderes, visto que “[...] a atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas para o enfrentamento da presente crise afrontaria a independência conferida aos demais poderes para o exercício de suas funções constitucionalmente previstas”<sup>31</sup>.

De acordo com a AGU,

A elaboração da política pública depende de uma visão multidisciplinar, de avaliação das circunstâncias consideradas relevantes, de estudo das alternativas e de seus impactos, bem como requer o posterior monitoramento e avaliação da política implementada. Neste contexto da pandemia, é de fundamental importância que as escolhas das políticas públicas sejam conduzidas pelo Poder Executivo, composto por vários Ministérios, garantindo visões e perspectivas multidisciplinares<sup>32</sup>.

No mérito, a defesa argumenta que o Governo Federal, representado pelo Presidente da República, estaria adotando todas as medidas necessárias para o enfrentamento da crise de saúde do novo coronavírus, visando proteger a saúde, emprego e renda da população, se pautando em evidências científicas e atendendo às orientações da OMS, acrescentando ainda que a União estaria atuando de forma cooperativa e coordenada com os demais entes da federação, inexistindo omissões de sua parte no combate à pandemia, pelo que requereu a improcedência dos pedidos.

---

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> BRASIL, 2020d.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*

Sobreveio então decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, na qual o relator decidiu ser cabível a ADPF, inclusive de forma preventiva, para evitar que condutas do poder público pudessem violar preceitos fundamentais da República, tais como a proteção da saúde, o respeito ao federalismo e a distribuição de competências. Ademais, a intervenção do judiciário se justificaria diante da inércia do poder público ou de práticas abusivas por parte do governo.

Entretanto, o relator ressaltou que, em atenção ao princípio da separação dos poderes, caberia ao Presidente da República o planejamento e execução de políticas públicas em âmbito nacional objetivando a minimização dos efeitos econômicos e sociais da pandemia, sendo assegurado a ele o juízo de conveniência e oportunidade para escolha das medidas que, segundo seu entendimento, atendessem da melhor maneira ao interesse público.

O ministro ponderou que

Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas<sup>33</sup>.

Dessa forma, a medida cautelar foi parcialmente concedida, *ad referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal, para determinar a observância aos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II; e 198 da CF na aplicação da Lei nº 13.979 de 2020 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos governos estaduais, e distrital e suplementar dos governos municipais, cada um no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, a exemplo da imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras — independentemente de superveniência de ato federal em sentido contrário, sem prejuízo da competência

---

<sup>33</sup> BRASIL, 2020d.



geral da União para estabelecer medidas restritivas em âmbito nacional, caso entenda necessário<sup>34</sup>.

Posteriormente, a referida medida cautelar, concedida monocraticamente pelo Ministro Alexandre de Moraes, foi confirmada por unanimidade pelo Plenário.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*

## 1. O DIREITO À SAÚDE E A COVID-19

Conforme mencionado anteriormente, o presente trabalho buscará analisar a judicialização das políticas públicas de saúde durante a pandemia de COVID-19, a partir do estudo de caso da ADPF nº 672, de modo a perquirir se o Supremo Tribunal Federal agiu de forma legítima, do ponto de vista democrático, no controle judicial de políticas públicas de saúde, para garantir a proteção das minorias e do direito fundamental à saúde.

Para tanto, é necessário primeiramente compreender o conceito de saúde e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como quais são os instrumentos disponíveis ao Poder Executivo Federal para a coordenação do enfrentamento da crise de saúde, que serão objeto deste segundo capítulo.

### 1.1 O direito fundamental e social à saúde

Ao longo da história da humanidade, muito já se discutiu a respeito do conceito de saúde. Como pontuado por Sueli Gandolfi Dallari<sup>35</sup>, existiam duas principais correntes a respeito do conceito de saúde: de um lado, filósofos como Hipócrates, Paracelsus e Engels relacionavam a saúde ao tipo de vida levada pelos habitantes de certa localidade, e até mesmo com o seu ambiente de trabalho; de outro lado, alguns advertiam, principalmente a partir dos trabalhos do filósofo francês Descartes no século XVII, que a saúde deveria ser compreendida como a ausência de doenças.

Com o advento da Revolução Industrial, o debate entre essas duas correntes foi acirrado pelo surgimento de um contexto social que destacou a relação existente entre saúde e outras variáveis relacionadas ao meio ambiente, trabalho, alimentação e moradia. Nesse período, por exemplo, foi constatado que a incidência de tuberculose era maior nas camadas sociais com menos renda<sup>36</sup>.

Nesse ponto, impende esclarecer que os direitos fundamentais da pessoa humana possuem conteúdo variável de acordo com os diferentes contextos históricos e a concepção político-ideológica da época<sup>37</sup>. No contexto da Revolução Francesa,

---

<sup>35</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 58.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> DORNELLES, João Ricardo W. **O que são os direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 15.

por exemplo, desenvolveram-se os direitos humanos de primeira dimensão, fundados nos anseios da burguesia pela liberdade. Desse modo, os direitos em questão surgem como expressão formal de necessidades individuais que requerem a abstenção do Estado para o seu pleno exercício<sup>38</sup>.

Todavia, como mencionado anteriormente, o desenvolvimento do modelo industrial e o surgimento da classe operária culminaram no surgimento de novos problemas, tais como condições precárias de trabalho e ausência de moradia, que revelaram a necessidade da busca pela promoção da igualdade material, e não apenas pela igualdade formal. Nesse sentido, o conteúdo dos direitos humanos é ampliado, não mais restrito aos direitos individuais, para abarcar também os direitos sociais coletivos<sup>39</sup>.

Destacamos que os direitos sociais, a exemplo da saúde, educação, moradia e das condições dignas de trabalho, diferentemente dos direitos individuais, necessitam de ações positivas por parte do Estado para que possam ter sua efetividade alcançada<sup>40</sup>. Dito isso, há que se observar que a saúde foi reconhecida como um direito fundamental social antes mesmo que houvesse um consenso quanto à sua conceituação, ora sendo compreendida como a ausência de doenças e ora como o estado de bem-estar físico, mental e social.

Somente após a Segunda Guerra Mundial foi estabelecido um consenso a respeito da relação entre a saúde de uma população e suas condições de vida, bem como foi assimilada a ideia de que comportamentos humanos também poderiam comprometer a saúde do povo e a segurança do Estado. Foi diante das atrocidades cometidas e da devastação ocasionada pela Segunda Grande Guerra que os Estados passaram a se preocupar em firmar um novo pacto, voltado à proteção de direitos essenciais de forma universal, denominados direitos humanos, materializado na criação da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>41</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1, p. 39-61. Disponível em: [https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_san\\_v1.pdf](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf). Acesso em: 24 out. 2024. p. 43-44.

Com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945<sup>42</sup> e com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>43</sup>, objetivando a preservação da paz entre os povos, os direitos humanos são incorporados no plano internacional. Nesse contexto, também foram criados órgãos especiais incumbidos da preservação e garantia desses direitos essenciais a todos, a exemplo da Organização Mundial de Saúde (OMS), criada em 1946 com a função de coordenar e direcionar a saúde internacional no sistema das Nações Unidas<sup>44</sup>.

A partir de então, a saúde se consolida como um direito humano e passa a ser conceituada de forma mais abrangente, nos termos da disposição contida no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, segundo a qual “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>45</sup>.

Essa definição mais ampla, entretanto, não escapou de críticas, principalmente da parte de sanitaristas, que aduziam que o conceito de saúde proposto pela OMS corresponderia, em verdade, ao conceito de felicidade, e que alcançar tal estado de pleno bem-estar seria impossível. Contudo, mesmo os críticos do conceito de saúde da OMS concluem que, embora o pleno bem-estar não exista, a saúde deveria ser compreendida pela busca desse estado de completo bem-estar físico, psíquico e com o meio ambiente<sup>46</sup>.

Para além de tal definição, é importante salientar outros marcos internacionais no que se refere à proteção da saúde como um direito humano. Conforme mencionam

---

<sup>42</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro: UNIC Rio de Janeiro, [1945]. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>43</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S. l.]: Office of the High Commissioner for Human Rights, [1948]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>44</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Sobre a OMS. **World Health Organization (WHO)**, [2024?]. Disponível: <https://www.who.int/pt/about>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>45</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS-WHO) - 1946**. Nova Iorque: Nações Unidas, [1946]. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod\\_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf). Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>46</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. O Conteúdo do direito à saúde. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; AMARAL, Alberto Carvalho (orgs.). **O Direito achado na rua: Curso de capacitação de defensoras e defensores populares do Distrito Federal**. Brasília: Easjur/DPDF, 2019. p. 21-29. Disponível em: <https://www.academia.edu/55520418/>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 22.

Aith e Scalco<sup>47</sup> a partir do Pacto Internacional dos Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais, assinado pelo Brasil em 1966 e ratificado pelo Congresso em 1992, foi reconhecido o dever dos Estados de assegurar a todas as pessoas o pleno exercício do direito à saúde física e mental. O autor também aponta como marcos internacionais a Declaração de Alma-Ata e a Declaração de Helsinque, voltadas à promoção da saúde e aos cuidados primários de saúde.

Na Declaração de Alma-Ata, foi reconhecida a relação entre saúde e desenvolvimento social, de modo que a promoção da saúde pelos Estados foi estabelecida como um objetivo social a ser alcançado a partir da garantia de atenção primária à saúde<sup>48</sup>. Essa declaração prevê que a atenção primária à saúde é ao mesmo tempo reflexo e consequência das condições econômicas e das características socioculturais e políticas de um país e de suas comunidades, de modo que seria vital a participação da comunidade na gestão e no controle de políticas públicas de saúde, visando seu desenvolvimento<sup>49</sup>.

Nesse sentido, são destacadas algumas atividades imprescindíveis no âmbito da atenção primária à saúde, como a educação sobre os principais problemas de saúde e sua prevenção; a promoção do abastecimento de alimentos e nutrição apropriada; o acesso a água potável e saneamento básico; a assistência materno-infantil; a imunização contra as principais doenças infecciosas; a prevenção e luta contra enfermidades endêmicas locais; o tratamento apropriado de enfermidades e traumatismos comuns; e o fornecimento de medicamentos essenciais<sup>50</sup>.

Sendo assim, denota-se que a promoção da saúde perpassa a garantia de outros direitos básicos, a exemplo da alimentação, educação e saneamento básico, o que faz com que a sua promoção seja ainda mais desafiadora aos países em desenvolvimento. Nesse quesito, Dallari<sup>51</sup> menciona que

---

<sup>47</sup> AITH, Fernando; SCALCO, Nayara. Direito à saúde de pessoas em condição de vulnerabilidade em centros urbanos. **Revista USP**, n. 107, p. 43-54, out./nov./dez. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i107p43-54>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 150-151.

<sup>48</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Declaração de Alma-Ata. In: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE, 1978, Alma-Ata. **Anais [...]**. Alma-Ata: OMS, 1978. p. 7. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5105661/mod\\_folder/content/0/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alma-Ata.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5105661/mod_folder/content/0/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alma-Ata.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> DALLARI, 1988, p. 60.

Fica evidente a dificuldade que existe para a garantia do direito quando se considera a amplitude da significação do termo saúde e a complexidade do direito à saúde que depende daquele frágil equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, permeado pela necessidade de reconhecimento do direito do Estado ao desenvolvimento.

Segundo Dallari, o direito à saúde possui aspectos sociais e individuais, que devem conviver de forma equilibrada. No que diz respeito ao aspecto individual, a saúde privilegia a liberdade das pessoas para escolherem o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade vão viver e, quando doentes, a quais recursos médicos irão recorrer e a quais tratamentos médicos irão se submeter, sem contar na liberdade do médico de determinar o tratamento de saúde recomendável a cada caso. Por outro lado, em seu aspecto social, o direito à saúde privilegia a igualdade, consubstanciada na limitação de comportamentos humanos que possam provocar o adoecimento de outras pessoas e na garantia de oferecimento de atendimento de saúde de mesmo nível a todos que necessitam<sup>52</sup>.

Desse modo, ante a amplitude do conceito de saúde, é possível concluir que, além da sua positivação como direito fundamental, denota-se necessária a criação de uma organização de Estado e de vida social que possa assegurar o referido direito às pessoas de forma efetiva, além de privilegiar a participação popular na promoção da saúde<sup>53</sup>.

## 1.2 O direito à saúde na Constituição de 1988

O direito fundamental à saúde foi positivado como um direito social no Brasil, atrelado ao dever do estado de promoção da saúde, a partir da Constituição Federal de 1988, que prevê em seu art. 6, *caput*: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”<sup>54</sup>.

Como mencionam Sarlet e Figueiredo, diante do regime privilegiado que a Constituição lhe outorgou, o direito à saúde passa a ter dupla fundamentalidade:

---

<sup>52</sup> DALLARI, 1988, p. 59.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>54</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 out. 2024.

formal e material. No aspecto material, sua fundamentalidade se assenta na própria relevância do bem jurídico tutelado, visto que a saúde é pressuposto para o gozo da vida e de demais direitos, sejam eles fundamentais ou não; já no aspecto formal, a sua fundamentalidade estaria firmada no fato de estar positivada na Constituição, situando-se, portanto, no ápice do ordenamento jurídico<sup>55</sup>.

Contudo, nem sempre foi assim: antes da Constituição de 1988, a proteção da saúde ficava relegada a normas esparsas, a exemplo da garantia de *socorros públicos* e da garantia de inviolabilidade do direito à subsistência, a normas relacionadas à distribuição de competências legislativas e executivas, ou ainda a formas indiretas de proteção, quando a saúde integrava os direitos do trabalhador e as normas de assistência social<sup>56</sup>.

Na mesma linha, Barreto Júnior e Pavani<sup>57</sup> mencionam que

O sistema público de saúde brasileiro, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, não merecia um tratamento constitucional específico e atendia somente aos indivíduos que contribuíssem com a Previdência Social, ou seja, aqueles indivíduos que possuísem carteira de trabalho assinada.

Logo, o acesso à saúde era excludente, posto que limitado àqueles que se encontravam empregados e contribuía para a previdência social. Além disso, havia uma centralização no nível federal do sistema público de saúde<sup>58</sup>.

No tocante a centralização do sistema de saúde à nível federal no Brasil, Dallari menciona que, com exceção da Constituição de 1934 que sugeria a possibilidade de conferir competência concorrente à União e aos Estados para cuidar da saúde, os demais textos Constitucionais, anteriores a Constituição de 1988, se limitavam a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde e legislar sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde, mantendo a necessidade de

---

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. *In: RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri (org.). Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2014. v. 1, p. 111-146. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11336>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 113.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>57</sup> BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6136447>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 74.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 79.

obediência ao princípio que assegurava a assistência médica e sanitária aos trabalhadores<sup>59</sup>.

Sendo assim, sob a influência e atendendo os anseios do Movimento Sanitarista — que emerge no Brasil na década de 1970 objetivando a democratização da saúde —, bem como diante da importância atribuída ao direito humano à saúde na agenda internacional e também determinada pelo movimento neoconstitucionalista do pós-guerra, a Constituição de 1988 não só incorporou o direito à saúde como um direito social, como o inseriu no sistema de seguridade social, a fim de que sua efetividade pudesse ser garantida<sup>60</sup>.

Cumprido salientar, neste ponto, que embora não tenha sido especificado na Constituição o conteúdo do direito à saúde, é possível notar a partir da análise de seus dispositivos a opção do legislador por uma concepção ampliada de saúde, que ultrapassa a concepção meramente curativa, abarcando a promoção e prevenção, e está alinhada com o conceito de estado de bem-estar previsto pela OMS<sup>61</sup>.

Na mesma linha, Sueli Dallari<sup>62</sup> dispõe que:

Tratando especificamente da saúde, como parte da seguridade social (art. 194), a Constituição abraçou a concepção atual de saúde, que não se limita à ausência de doenças e outros agravos, exigindo a realização de políticas públicas que tenham como finalidade “a redução do risco de doença e de outros agravos” e o “acesso universal igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196).

A saúde então passa a ser concebida no Brasil nos moldes do art. 196 da CF, como “direito de todos e dever do estado” a ser “[...] garantido mediante políticas sociais e econômicas que 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”<sup>63</sup>.

A partir da redação atribuída ao art. 196 não restam dúvidas quanto à conceituação do direito à saúde como um direito-dever, cuja garantia está relacionada à proteção de outros direitos fundamentais, tais como educação, alimentação e

---

<sup>59</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p9-34>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 10.

<sup>60</sup> BARRETO JÚNIOR; PAVANI, 2013, p. 80.

<sup>61</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 116.

<sup>62</sup> DALLARI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>63</sup> BRASIL, [2024]a.



moradia — direção que já havia sido prevista na Declaração de Alma-Ata e que é, portanto, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da constituição cidadã.

Nessa senda, conforme disposto por Sarlet e Figueiredo, podemos dizer que o direito à saúde possui titularidade simultaneamente individual e transindividual (coletiva e até mesmo difusa), e que seu principal destinatário passivo é o Estado, por ter a obrigação de prestação, promoção e prevenção. Entretanto, esse fato não exclui o dever dos particulares de respeito à saúde<sup>64</sup>.

Para cumprir seu dever de proteção e garantir o acesso universal e igualitário ao direito à saúde de forma efetiva, o Constituinte instituiu um sistema público denominado Sistema Único de Saúde (SUS), cujas atribuições, princípios informativos e estrutura se encontram delineados nos arts. 198 e 200 da CF, que abordaremos com maior profundidade na próxima seção.

Além disso, o art. 197 da Constituição Federal concede relevância pública aos serviços de saúde e delega ao Estado não só o dever de promoção e prestação de serviços de saúde, como também o dever de estabelecer diretrizes e parâmetros para o exercício da saúde, nos seguintes termos:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado<sup>65</sup>.

Ressaltamos que, apesar de ter sido instituído um sistema público de saúde, isso não significa que a saúde não possa ser prestada de forma suplementar ou complementar pela iniciativa privada, possibilidade assegurada pelo art. 199 da CF. Nesse sentido, preceituam Sarlet e Figueiredo<sup>66</sup> que,

Em verdade, a CF não restringe (pelo menos não de forma generalizada e expressa) a eficácia dos direitos sociais às relações entre atores privados e dos indivíduos frente ao Estado, ainda mais em face do dever de aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º). Ao mesmo tempo, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”, voltada a “promover o bem de todos” e a “erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, I, III e IV, CF, respectivamente) parece exigir, consoante já frisado, a definição de

---

<sup>64</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 119-120.

<sup>65</sup> BRASIL, [2024]a.

<sup>66</sup> SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 120-121.

um papel ativo e de uma responsabilidade compartilhada também pelos atores privados.

Dessa forma, o direito à saúde não impõe apenas atitudes positivas por parte do Estado, mas também aos atores privados, tratando-se, portanto, de uma responsabilidade compartilhada.

Por todo o exposto, evidencia-se que a Constituição de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito fundamental social, e positivou a existência de um dever correlato do Estado de promoção da saúde e de prevenção — sendo este compartilhado com os atores privados e com os particulares, que devem se abster de condutas excessivas que possam ameaçar ou restringir a fruição do direito à saúde pelos demais indivíduos.

### 1.3 A criação do SUS e a universalização da saúde

O Sistema Único de Saúde possui papel fundamental na efetividade das políticas públicas de saúde em âmbito nacional. Foi a partir desse sistema que a noção de *saúde para todos* deixou de ser afirmada apenas formalmente e passou a ganhar efetividade, materializando a garantia do acesso universal, igualitário, integral, prestado de forma descentralizada e regionalizada, o que é imprescindível ante a comprovada influência do meio e das condições locais sobre as condições de saúde do indivíduo.

Dito isso, não há como falar em saúde no Brasil sem abordar, ao menos em linhas gerais, a estrutura e as diretrizes desse sistema público de saúde, que discutiremos adiante.

#### 1.3.1 Das diretrizes do SUS

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi estabelecido a partir da Constituição Federal de 1988, que também prevê em seus arts. 198 e 200 os princípios informativos e a forma como esse sistema de saúde se encontra estruturado:

**Art. 198.** As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I — descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

- II — atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III — participação da comunidade [...]<sup>67</sup>.

Dessa forma, são estes os princípios do SUS: unidade, hierarquia, regionalização, descentralização, integralidade e a participação da comunidade.

O princípio da unidade determina que, apesar da descentralização das ações e dos serviços desenvolvidos no SUS, este funciona como um sistema único, submetido a uma única direção em cada nível de governo. Esse princípio, portanto, objetiva superar os problemas de igualdade de acesso e cobertura decorrentes da multiplicidade de sistemas existentes nos regimes anteriores<sup>68</sup>.

O referido princípio não se restringe aos serviços públicos de saúde, aplicando-se também à saúde complementar, compreendida como a assistência prestada por particulares a partir de contrato ou convênio com o poder público, e que, portanto, também deverá observar as diretrizes do SUS, tendo em vista a relevância pública concedida aos serviços e ações de saúde no art. 197 da CF<sup>69</sup>.

Destacamos que, apesar da unidade do SUS, o sistema se organiza de forma descentralizada, constituída por uma rede regionalizada e hierarquizada de atenção à saúde.

Quanto à regionalização, o princípio em questão se funda na organização dos serviços de acordo com níveis crescentes de complexidade, observando-se o perfil epidemiológico e o conhecimento da população a ser atendida em determinada área geográfica<sup>70</sup>.

Sarlet e Figueiredo ponderam que o princípio da regionalização atende à necessidade de adaptação às peculiaridades locais por parte da assistência à saúde, conforme diretrizes da OMS, e permite estabelecer relação entre a estrutura do SUS e o princípio federativo, dado o compartilhamento de planejamento e a gestão dos serviços entre os entes da federação<sup>71</sup>. Observe que, diante da influência das condições locais sobre as condições epidemiológicas e a qualidade de vida de uma comunidade, a Constituição também assegura a participação popular na definição e

---

<sup>67</sup> BRASIL, [2024]a.

<sup>68</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 122.

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sistema Único de Saúde - SUS. **Ministério da Saúde**, [2024?]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>71</sup> SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 122.

controle social de políticas públicas, que podem ser realizados por meio dos Conselhos de Saúde<sup>72</sup>.

Já a hierarquização é a diretriz de organização do atendimento de acordo com níveis de complexidade ou níveis de atenção: atenção primária, caracterizada pela baixa complexidade e alta demanda; atenção secundária, cuja complexidade é intermediária e a demanda é reduzida; e atenção terciária, formada por serviços de alta complexidade e com demanda muito baixa<sup>73</sup>.

O princípio da descentralização, por sua vez, está atrelado à distribuição de poder e responsabilidade entre os três níveis de governo: federal, estadual e municipal, sendo essa distribuição imprescindível para a garantia de maior qualidade do serviço prestado, além de assegurar a possibilidade de controle e fiscalização por parte dos cidadãos<sup>74</sup>.

Além disso, o SUS é informado pelo princípio da integralidade, segundo o qual a cobertura oferecida deve ser a mais ampla possível, consubstanciada na integração de ações voltadas à promoção da saúde, prevenção de doenças, tratamento e reabilitação. Portanto, a integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que repercutem na saúde e na qualidade de vida dos indivíduos<sup>75</sup>.

Para além desses princípios insculpidos no art. 198 da CF, também podemos mencionar os princípios da universalização e da equidade. A universalização decorre da previsão constitucional da saúde como um direito de todos (art. 196 da CF). Esse princípio, portanto, pode ser visto como a base do sistema de saúde no Brasil, cabendo ao Estado o dever de garantir a todos o acesso às ações e serviços de saúde<sup>76</sup>, sem distinção de raça, sexo, ocupação ou outras características pessoais.

Se comparado com o modelo anterior à Constituição de 1988, em que o sistema de saúde apenas se restringia àqueles que contribuíssem à previdência ou tivessem carteira assinada, observa-se um grande avanço, visto que a universalização da

---

<sup>72</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, [2024?].

<sup>73</sup> SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12414>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 49.

<sup>74</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, *op. cit.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*

saúde e a criação de um sistema único viabilizam a efetiva quebra do paradigma de exclusão que vinha sendo adotado pelo país, no que concerne à saúde.

Nesse sentido, o SUS tem sido reconhecido como uma das maiores políticas de inclusão no país, garantindo atenção integral à saúde a todos, sem discriminação e sem a necessidade de contraprestação pecuniária.

Por fim, a equidade, está relacionada à garantia de acesso igualitário aos serviços de saúde a toda a população, inclusive considerando as suas diferenças e desigualdades sociais, fator que deve ser mitigado mediante maiores investimentos onde a carência é maior. Logo, o princípio da igualdade pressupõe tratar desigualmente os desiguais, segundo a medida das desigualdades<sup>77</sup>.

### 1.3.2 A estruturação do SUS a partir da Lei nº 8.080 de 1990

Embora a Constituição Federal tenha trazido a previsão da implementação do SUS, além de suas diretrizes e bases estruturais, a regulamentação desse sistema de saúde, com a delimitação das atribuições de cada um dos níveis de governo no que se refere à saúde, foi realizada somente a partir da Lei nº 8.080 de 1990, também denominada como Lei Orgânica da Saúde (LOS), ou Lei do SUS. A referida lei dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências<sup>78</sup>.

A Lei nº 8.080/90 reafirma, em seu art. 2, o direito à saúde como um direito fundamental social, ao qual se contrapõe o dever do Estado de garantia da saúde, de modo universal e igualitário, a partir da criação de políticas públicas econômicas e sociais que visem não só a promoção da saúde, como também a prevenção.

Outrossim, o legislador deixa expresso no art. 3 da LOS a existência de uma relação direta entre os níveis de saúde de uma população e as condições sociais e econômicas em que está inserida, estipulando como determinantes e condicionantes da saúde a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o

---

<sup>77</sup> MINISTÉRIO DA SAÚDE, [2024?].

<sup>78</sup> BRASIL. **Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2024]b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 24 out. 2024.

trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais<sup>79</sup>.

Logo, considerando as diretrizes da integralidade e da regionalização, a distribuição de competências em matéria de saúde entre os três níveis de governo (União, estados e municípios) é determinante para a efetividade do SUS, sobretudo se considerarmos as desigualdades sociais e o modelo federativo adotado pela Constituição Federal, que abordaremos a seguir.

Como mencionado anteriormente, a centralização do planejamento da saúde na União acabou culminando em problemas de igualdade de acesso e cobertura, ante a vastidão do território brasileiro e as peculiaridades de cada localidade. Ressaltamos que, com exceção da Constituição de 1934, que sugeria a possibilidade de conferir competência concorrente à União e aos estados para cuidar da saúde, os demais textos constitucionais anteriores à Constituição cidadã previam como competência unicamente da União o planejamento do sistema de saúde, bem como a legislação sobre normas de proteção e defesa da saúde, e mantinham obediência ao princípio que garantia apenas aos trabalhadores assistência médica e sanitária<sup>80</sup>.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988, atendendo aos anseios do Movimento Sanitarista, visando a garantia da atenção mais ampla e igualitária à população, implementa um sistema de saúde que, embora seja único, encontra-se estruturado em uma rede regionalizada e hierarquizada, que funciona de forma descentralizada. Desse modo, alinhado ao modelo federativo de organização política insculpido no art. 18 da CF<sup>81</sup>, que confere autonomia aos entes da federação, o Constituinte prevê a descentralização dos cuidados com a saúde (art. 198), que se configura pela responsabilidade compartilhada entre os diversos níveis de governo.

Além da previsão da descentralização estar contida de forma clara no art. 198 da CF, outros dispositivos da Carta Magna não deixam dúvidas quanto ao compartilhamento de responsabilidades em matéria de saúde. No art. 23, inciso II, da CF<sup>82</sup>, por exemplo, é assegurada competência comum à União, aos estados e

---

<sup>79</sup> BRASIL, [2024]b.

<sup>80</sup> DALLARI, 2008, p. 10.

<sup>81</sup> Art. 18, *caput*, da CF: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição” (Brasil, [2024]a).

<sup>82</sup> “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;” (Brasil, [2024]a).

municípios quanto aos cuidados com a saúde, o que pressupõe uma atuação articulada e colaborativa entre os três níveis de governo.

Além disso, conforme disposto no art. 24, XII<sup>83</sup>, foi fixada a competência concorrente entre a União e os estados para legislar sobre a proteção e a defesa da saúde, podendo os municípios suplementarem a legislação federal ou estadual, conforme cabível, nos termos do art. 30, II, da CF<sup>84</sup>.

Cumprir explicitar, neste ponto, que apesar de ter sido reconhecida a autonomia dos municípios enquanto entes da federação para o planejamento e execução de serviços de saúde, essa autonomia não é absoluta, dependendo da cooperação com os demais entes, inclusive mediante incentivos financeiros, depreendidos do art. 30, VI, da CF<sup>85</sup>.

Entretanto, é inegável a importância dos municípios no funcionamento do SUS. Dallari aduz, inclusive, que nos moldes da Constituição de 1988, o município é a esfera de poder político que detém a maior parcela de responsabilidade quanto à execução das ações e serviços de saúde, ainda que mediante a cooperação técnica e financeira dos demais níveis de governo<sup>86</sup>.

Nessa linha, Sarlet e Figueiredo asseveram que

A descentralização da assistência à saúde dá-se primordialmente pela municipalização, com a prestação dos cuidados de saúde primordialmente pelos Municípios, em detrimento dos Estados e, supletiva e subsidiariamente, pela União. Isso não exclui a atuação direta do ente central em certas situações, quer para a garantia da necessária harmonização prática entre os princípios constitucionais da eficiência, da subsidiariedade e da integralidade do atendimento, pois a assistência à saúde deve ser executada por quem possua condições para efetivá-la da melhor forma (isto é, com melhor qualidade e condições de acesso), quer em decorrência de uma obrigação de permanente aperfeiçoamento do sistema, notadamente para assegurar equilíbrio à distribuição de recursos (financeiros e sanitários) e equidade no acesso à assistência<sup>87</sup>.

Logo, da análise dos dispositivos constitucionais, é possível concluir que não há esfera de governo que não possua uma parcela de responsabilidade no que se

---

<sup>83</sup> Art. 24, XII, da CF: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde” (Brasil, [2024]a).

<sup>84</sup> Art. 30, II, da CF: “Compete aos Municípios: II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;” (Brasil, [2024]a).

<sup>85</sup> Art. 30, inciso VII, da CF: “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;” (Brasil, [2024]a).

<sup>86</sup> DALLARI, 2008, p. 18.

<sup>87</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 122-123.

refere à promoção, prevenção e planejamento da saúde. Todavia, muito embora a Constituição tenha traçado em linhas gerais a estrutura do SUS, no texto constitucional não foram delimitadas as atribuições de cada um dos níveis de governo — avanço posteriormente apresentado pela Lei nº 8.080/90, sobretudo em seu art. 15.

A Lei Orgânica de Saúde também estabelece que a representação de cada esfera de governo será realizada por um órgão competente (art. 9, LOS). Sendo assim, a representação a nível nacional é atribuída ao Ministro da Saúde; e nos níveis estadual e municipal, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. Outrossim, foram instituídas Comissões Intergestores Bipartite e Comissões Intergestores Tripartite, que funcionam como um espaço deliberativo de articulação e negociação entre as três esferas de gestão do SUS<sup>88</sup>.

É importante mencionar que a competência de cada uma das esferas de gestão também é delimitada na Lei do SUS, que incumbe à União, nos moldes do art. 16, a competência para formular e definir políticas e normas, estabelecer diretrizes e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, bem como executar a vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais.

Aos estados, fica fixada a competência para promover a descentralização para os municípios de ações e execução de serviços de saúde, podendo, entretanto, executá-los de forma complementar. Ainda constam como competências dos estados: o controle e coordenação das redes hierarquizadas, a formulação de normas de caráter suplementar, e a execução de ações e serviços de vigilância epidemiológica e sanitária (art. 17, LOS).

Quanto aos municípios, fica estabelecida de forma maciça a função de executar os serviços públicos de saúde, mediante cooperação técnica e financeira dos estados, e ainda devem executar serviços de vigilância sanitária e epidemiológica; não se excluindo, entretanto, o seu papel de participação no planejamento das ações de saúde e a competência quanto à normatização complementar de ações e serviços públicos no seu âmbito de atuação (art. 18, LOS).

Enfatizamos que, apesar da Lei Orgânica do SUS prever a regionalização, a descentralização tinha como base, principalmente, a transferência de poderes e de

---

<sup>88</sup> SANTOS, Lenir. Região de saúde e suas redes de atenção: modelo organizativo-sistêmico do SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, n. 4, p. 1281-1289, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017224.26392016>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 1284.



deveres aos municípios. Assim, para que os municípios pudessem executar os serviços de saúde com efetividade, garantindo o acesso de forma integral e universalizada à população local, e diante da previsão de colaboração financeira por parte das demais esferas de governo — inculpada no art. 30, IV, da CF —, a Lei nº 8.080 de 1990, em seu art. 35, apontou quais os critérios a serem observados para a transferência de recursos da União aos estados, Distrito Federal e municípios.

São destacados como critérios para a distribuição de receitas: a necessidade de análise dos perfis demográficos e epidemiológicos da região; as características qualitativas e quantitativas da rede de saúde; o desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; os níveis de participação do setor de saúde nos orçamentos estaduais e municipais; a previsão do plano quinquenal de investimentos da rede; e o ressarcimento de serviços prestados por outras esferas de governo.

Nota-se que tanto a Constituição quanto a Lei Orgânica da Saúde estabelecem um sistema, em que a descentralização e a regionalização devem caminhar juntas, de forma simultânea.

Como assinalado por Luciana Jaccoud e Fabíola Sulpino Vieira<sup>89</sup>, a experiência da descentralização da década de 1990 concedeu autonomia aos municípios, a fim de permitir maior adaptação às necessidades locais; contudo, a fragmentação da gestão setorial e a predominância de comportamentos predatórios e não colaborativos entre os municípios revelaram pouco avanço no que se refere à prestação de saúde forma integral. Segundo as autoras,

Ao contrário, a descentralização, feita com base na municipalização, induziu à baixa capacidade de associação e solidariedade entre os entes da Federação, a despeito de o desenho do sistema prever a integração dos municípios em um sistema único. Na prática, a municipalização por si só pode ser causa de iniquidade no acesso a serviços de saúde, em razão das desigualdades de oferta e de qualidade entre os municípios e entre as grandes regiões do país<sup>90</sup>.

Nesse sentido, evidenciou-se a necessidade de uma maior articulação entre os municípios e os estados, passo regulamentado pelo Decreto nº 7.508/2011, que criou as chamadas regiões de saúde e os Contratos Organizativos de Ação Pública de

---

<sup>89</sup> JACCOUD, Luciana; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Federalismo, integralidade e autonomia no SUS: desvinculação da aplicação de recursos federais e os desafios da coordenação**. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. (Texto para Discussão, 2399). Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8523>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 14.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 14.

Saúde<sup>91</sup>. O art. 2 do decreto define em seus incisos I e II os conceitos de regiões de saúde e Contratos Organizativos de Ação Pública de Saúde nos seguintes termos:

Art. 2º Para efeito deste Decreto, considera-se:

I - Região de Saúde - espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de Municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais e de redes de comunicação e infraestrutura de transportes compartilhados, com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde;

II - Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde - acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde;<sup>92</sup>.

A região de saúde passa então a ser a referência para a transferência de recursos entre os entes federativos (art. 6 do Decreto nº 7.508/2011), fazendo surgir um planejamento regional com o dever de integrar as necessidades da população da região, os serviços de todos os entes e os recursos financeiros, incumbindo aos estados e à União o dever de promover a equidade regional a partir da transferência de maiores recursos às regiões mais precárias, movimento que seria capaz de minimizar as desigualdades de prestação e acesso aos serviços de saúde<sup>93</sup>.

Quanto às regiões de saúde, Santos prevê:

A região de saúde está imbuída desse forte componente, de garantir ao cidadão o direito igual às ações e serviços de saúde próximos de onde sua vida acontece, sendo um cidadão completo, independentemente do lugar onde se encontre e não onerando nenhum ente federativo além de suas possibilidades socioeconômicas, demográficas e espaciais<sup>94</sup>.

A autora defende, ainda, a necessidade de se regionalizar a descentralização para garantir que o SUS se desenvolva de forma integrada e sistêmica, destacando o papel das comissões intergestores na governança regional em saúde, uma vez que essas instâncias permitem que sejam definidos em comum acordo relevantes

<sup>91</sup> SANTOS, 2017, p. 1283.

<sup>92</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm). Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>93</sup> SANTOS, *op. cit.*, p. 1284.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 1234.

aspectos regionais, como as referências, as diretrizes para o planejamento integrado, a organização das redes de atenção, o controle e a avaliação, dentre outros<sup>95</sup>.

Por fim, Santos ressalta que os Contratos Organizativos de Ação Pública de Saúde (COAPS) funcionam como o elo sistêmico do SUS, por instrumentalizar a divisão de responsabilidades e obrigações de forma colaborativa<sup>96</sup>.

Ante o exposto, à luz da estrutura do SUS, do modelo federativo adotado pelo Brasil e da competência comum entre os três níveis de governo para os cuidados com a saúde, é possível perceber que, para que sejam atendidas as diretrizes constitucionais do SUS e para que esse sistema possa ser efetivo, a colaboração e a integração dos diversos níveis de governo é obrigatória<sup>97</sup>.

A referida atuação colaborativa e coordenada entre os diferentes níveis de governo, entretanto, não se fez presente durante a pandemia de COVID-19, gerando uma série de conflitos que acabaram desaguando no Poder Judiciário, ocorrido que será abordado no tópico a seguir.

#### 1.4 A crise sanitária decorrente da COVID-19 e a ausência de coordenação no enfrentamento da pandemia

Em 31 de dezembro de 2019 foram verificados os primeiros casos de pneumonia decorrentes de uma nova cepa de coronavírus não identificada antes em seres humanos, na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China<sup>98</sup>. Pouco tempo depois, as autoridades chinesas confirmaram o descobrimento de um novo tipo de coronavírus (SARS-CoV-2), que desencadeava a doença COVID-19<sup>99</sup>.

Diante da rápida disseminação do vírus por diversos países ao redor do globo, a OMS decretou Estado de Emergência de Importância Internacional (ESPII) em 30 de janeiro de 2020<sup>100</sup>.

Assim, foram estabelecidas recomendações a todos os países para a contenção do vírus, que consistiam na manutenção de vigilância ativa, detecção precoce, isolamento e gerenciamento de casos, rastreamento de contatos, prevenção

---

<sup>95</sup> SANTOS, 2017.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 1286-1288.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 1287.

<sup>98</sup> OPAS, [2021].

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> *Id.*, 2020.

da disseminação progressiva da infecção por 2019-nCoV e o compartilhamento de informações com a OMS<sup>101</sup>.

Em 11 de março de 2020, o diretor-geral da OMS anunciou que a COVID-19 se caracterizava como pandemia<sup>102</sup>. Nessa ocasião, mencionou em seu discurso que,

Se os países detectarem, testarem, tratarem, isolarem, rastrearem e mobilizarem as suas populações na resposta, aqueles com um punhado de casos podem evitar que esses casos se transformem em aglomerados e que esses aglomerados se tornem transmissão comunitária. [...] os países devem adoptar uma abordagem que inclua todo o governo e toda a sociedade, construída em torno de uma estratégia abrangente para prevenir infecções, salvar vidas e minimizar o impacto<sup>103</sup>.

Somente em 5 de março de 2023 foi decretado o fim do Estado de Emergência de Importância Internacional (ESPII)<sup>104</sup>.

No Brasil, os primeiros casos da doença foram confirmados em fevereiro de 2020, tendo sido decretado Estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em 3 de fevereiro desse mesmo ano, por meio da Portaria nº 188 de 3 de fevereiro de 2020<sup>105</sup>.

Em 6 de fevereiro de 2020 foi sancionada a Lei nº 13.979/20<sup>106</sup> dispondo sobre medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da COVID, tais como isolamento; quarentena; uso de máscaras; limitações à circulação em rodovias, portos e aeroportos; dentre outras. Além disso, a lei previa a possibilidade de contratação de serviços e aquisição de

---

<sup>101</sup> OPAS, 2020.

<sup>102</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). OMS declara fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional referente à COVID-19. **OPAS/OMS**, 5 maio 2023. Disponível em: <https://paho.org/pt/noticias/5-5-2023-oms-declara-fim-da-emergencia-saude-publica-importancia-internacional-referente>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>103</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Discurso de abertura do Diretor-Geral da OMS na coletiva de imprensa sobre a COVID-19. **World Health Organization (WHO)**, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>104</sup> OPAS, 2023.

<sup>105</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 188 de 03 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília: Ministério da Saúde, 2020g. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188\\_04\\_02\\_2020.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188_04_02_2020.html). Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>106</sup> BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília: Presidência da República, 2020e. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 25 out. 2024.

bens, incluindo insumos, pelo poder público para o enfrentamento da pandemia, sem a necessidade de realização de licitação.

Pouco depois, em 20 de março de 2020, foi publicado o Decreto Legislativo nº 6/2020<sup>107</sup> reconhecendo o estado de calamidade pública, permitindo assim a elevação de gastos públicos para enfrentamento à crise.

Entretanto, contrariando orientação da OMS para que o enfrentamento da pandemia fosse conduzido segundo uma abordagem que integrasse todo o governo e a sociedade, no Brasil essas ações não foram implementadas de forma coordenada — não pela ausência de instrumentos institucionais, mas em função da omissão do Poder Executivo Federal quanto à implementação de um plano coordenado, ocasionando um embate entre os entes da federação que acabou desaguando no Poder Judiciário.

Assim, serão abordados a seguir os instrumentos de coordenação de políticas sociais de saúde disponíveis para o Poder Executivo Federal.

#### 1.4.1 Os instrumentos institucionais de coordenação de políticas sociais de saúde pelo Governo Federal

Conforme exposto anteriormente, a estrutura do SUS está alinhada ao modelo de federalismo adotado pelo Brasil, mediante a descentralização do poder para os municípios. Entretanto, ao mesmo tempo em que o processo de descentralização propicia maior autonomia política, administrativa, tributária e financeira, além de ampliar as competências na prestação de serviços públicos, também acaba por tensionar o arranjo federativo, principalmente quando inexistente equilíbrio entre poderes, atribuições e recursos. Adicionalmente, a centralização de recursos financeiros na União e a falta de definição legal quanto às atribuições de cada nível de governo no que se refere às matérias de competência compartilhada também acarretam em alguns impasses no federalismo<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília: Senado Federal, 2020f. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2020/decretolegislativo-6-20-marco-2020-789861-publicacaooriginal-160163-pl.html>. Acesso em: 25 out. 2024.

<sup>108</sup> FLEURY, Sonia. Pandemia, contradições e inovações no federalismo brasileiro. **CEE Fiocruz**, 19 maio 2020. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/1179>. Acesso em: 24 out. 2024.

Como menciona Arretche, a Constituição Federal prevê um regime de separação das fontes tributárias, sendo que a arrecadação de tributos é concentrada principalmente na União. A nível horizontal, a arrecadação entre os entes de governo subnacionais é extremamente desigual, estabelecendo-se um sistema de transferências obrigatórias fiscais da União para os estados, a fim de minimizar as desigualdades<sup>109</sup>.

Entretanto, os estados e municípios possuem uma autonomia fiscal e política que lhes permite alocar os recursos transferidos pela União da forma como julgarem razoável, razão pela qual a transferência de recursos possui uma limitação no que se refere à equalização das diferenças entre os entes subnacionais<sup>110</sup>.

Nesse sentido, a coordenação federal dos programas sociais se justifica para possibilitar a correção das desigualdades e a coordenação das decisões dos governos locais, de modo que a alocação de recursos seja alinhada às prioridades estabelecidas pelo Governo Federal<sup>111</sup>.

No caso do SUS, é atribuído à União o financiamento e formulação da política nacional de saúde, bem como a coordenação das ações intergovernamentais, o que faz com que o Ministério da Saúde possua autoridade para tomar as decisões mais importantes da política setorial. Nessa linha, as políticas implementadas pelos governos locais são fortemente influenciadas pelas transferências federais e pelas regras definidas pelo Ministério da Saúde<sup>112</sup>.

Logo, o Governo Federal possui recursos institucionais para influenciar as escolhas dos governos locais, afetando suas respectivas agendas. Ao longo dos anos, a União tem optado por utilizar as portarias do Ministério da Saúde como forma de coordenação das ações nacionais em saúde, vinculando a transferência de recursos aos entes subnacionais à sua adesão a programas específicos<sup>113</sup>. Vieira e Servo ponderam:

A estratégia de descentralização da execução de ações e serviços de saúde para municípios ficou clara, principalmente, nas Normas Operacionais Básicas (NOB), particularmente, a NOB 1/93, que introduz a transferência

---

<sup>109</sup> ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392004000200003>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 18.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>113</sup> *Ibid.*

‘fundo a fundo’ e a NOB 1/96, que inaugura uma importante fase da política de transferências federais: o incentivo à adoção de programas específicos de natureza nacional. Ainda que a NOB 1/96 tenha proposto resgatar o papel dos estados na coordenação federativa, o que se observa efetivamente é uma ampliação das transferências federais para municípios<sup>114</sup>.

As autoras destacam que a descentralização municipalista permitiu avanços no acesso da população a serviços de saúde, principalmente no que se refere à atenção básica. Todavia, ainda que a atenção básica possa ser organizada no nível municipal, os serviços mais complexos demandam escala mínima para serem ofertados<sup>115</sup>.

Assim, para atender às necessidades de criação de uma esfera deliberativa que permitisse a articulação entre os entes subnacionais na estruturação e planejamento da execução de serviços de saúde mais complexos, foram criadas as Comissões Intergestores, em um movimento de “regionalização da descentralização” dos serviços de saúde<sup>116</sup>. Arretche ressalta a relevância desses espaços de negociação dada sua função de contrapeso à concentração da autoridade no executivo federal<sup>117</sup>.

Dessa forma, podemos destacar como mecanismos de coordenação federativa o poder de coordenação central conferido constitucionalmente à União; a capacidade de indução pelo Governo Federal a partir do sistema de transferência de recursos aos entes subnacionais, realizada principalmente através das portarias do Ministério da Saúde que condicionam as transferências federais à adesão pelos estados e municípios aos objetivos da política federal; e a utilização dos espaços deliberativos (conselhos e comissões) para um planejamento articulado da execução dos serviços de saúde<sup>118</sup>.

Destarte, há que se observar que recentemente os mecanismos de coordenação federativa do SUS sofreram uma fragilização. Vieira e Servo asseveram que o ressurgimento de uma agenda neoliberal, a recessão econômica e a crise política, em meados da década passada, contribuíram para um afastamento do

---

<sup>114</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpino; SERVO, Luciana Mendes Santos. Covid-19 e coordenação federativa no Brasil: consequências da dissonância federal para a resposta à pandemia. **Saúde em Debate**, v. 44, n. especial 4, p. 100-113, dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-11042020E406>. Acesso em: 24 out. de 2024. p. 104.

<sup>115</sup> VIEIRA; SERVO, *op. cit.*

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> ARRETCHÉ, 2004, p. 23.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

Governo Federal da coordenação do SUS, movimento evidenciado pela fragilização dos mecanismos de coordenação federativa instituídos<sup>119</sup>.

Ocorreu principalmente uma fragilização do mecanismo de indução federal, operada pela aprovação da Emenda Constitucional nº 95 em 2016, que congela o gasto mínimo obrigatório da União em ações e serviços de saúde, acarretando no agravamento do subfinanciamento do sistema ante a redução dos subsídios do Governo Federal às demais esferas de governo. Posteriormente, observamos uma flexibilização da execução dos recursos transferidos pelo Ministério aos estados e municípios, graças à aprovação da proposta SUS Legal pelo Ministério da Saúde, que pretendia instituir as bases para uma desvinculação total das transferências fiscais da adesão a programas específicos. Além disso, outros indicativos da redução do poder do Ministério da Saúde na coordenação do SUS são o aumento do orçamento carimbado por emendas e a descentralização dos serviços de vigilância epidemiológica, evidenciados entre 2010 e 2019, mediante a ampliação da transferência de recursos aos municípios e a redução da transferência aos estados<sup>120</sup>.

Sendo assim, existiam mecanismos de coordenação do SUS que, embora já passassem por uma fragilização quando do advento da COVID-19, foram ainda mais fragilizados ao longo da pandemia, em razão da postura omissa do Governo Federal — objeto de análise aprofundada no último capítulo desta pesquisa.

---

<sup>119</sup> VIEIRA; SERVO, 2020, p. 105.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 105-106.



## 2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

Conforme disposto na descrição da ADPF nº 672, enquanto de um lado o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sustentava a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas para garantir direitos fundamentais, de outro, a AGU aduzia que a intervenção judicial no caso em questão seria indevida, configurando violação do princípio da separação dos poderes.

Assim, para averiguar a legitimidade da Intervenção Judicial no caso em estudo, é necessário investigar a estrutura do controle de constitucionalidade, bem como das questões envolvendo a dificuldade contramajoritária e os limites da intervenção judicial no controle de constitucionalidade.

### 2.1 O controle de constitucionalidade: panorama histórico e o sistema brasileiro

#### 2.1.1 Referência histórica do controle de constitucionalidade

Antes de adentrar a análise do controle de constitucionalidade no Brasil, a fim de que se possa compreender de forma mais clara o desenho de jurisdição constitucional do país, é necessário traçar brevemente alguns conceitos fundamentais e um panorama histórico dos principais modelos de controle de constitucionalidade.

O ordenamento jurídico é um sistema que deve ser harmônico. Desse modo, diante da quebra da harmonia, se impõem mecanismos para a correção desses desequilíbrios. O controle de constitucionalidade, então, figura como um desses mecanismos para restabelecimento da ordem, unidade e harmonia do ordenamento jurídico, consistindo, segundo Barroso, “na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição”<sup>121</sup>.

Assim, duas premissas podem ser destacadas como necessárias para a existência do controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, ou seja, o fato da Constituição servir como fundamento de validade de todas as demais normas; e a rigidez constitucional, implicando que a norma constitucional necessita de um processo de elaboração mais complexo e sofisticado, para que assim possa se

---

<sup>121</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 23.

estabelecer como parâmetro de validade para demais normas<sup>122</sup>. Aplicar uma norma inconstitucional significaria, por conseguinte, deixar de aplicar a própria Constituição.

Barroso destaca, ainda, que “um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção de direitos fundamentais, inclusive e sobretudo o das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais”<sup>123</sup>. Esse, inclusive, seria o fundamento da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, que será objeto de tópico próprio adiante.

Devemos notar que a concepção da Constituição como um documento jurídico supremo à ordem jurídica advém do constitucionalismo estadunidense<sup>124</sup>. A argumentação foi desenvolvida a partir do caso *Marbury vs. Madison*<sup>125</sup> em 1803, no qual a Suprema Corte Americana fixou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade a partir do argumento de que, em razão da supremacia da Constituição, todos os Poderes estatais, inclusive o Legislativo, estariam a ela subordinados — cabendo ao Poder Judiciário o papel de intérprete final, podendo invalidar atos que viessem a violar os ditames constitucionais.

Com esse caso, desenvolveu-se o controle difuso de constitucionalidade (*judicial review*), em que se admite que o Poder Judiciário, no julgamento de casos concretos, declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, garantindo assim a observância da Constituição. Frisamos que, de acordo com o modelo estadunidense, aplica-se o princípio do *stare decisis*, de modo que as decisões da Suprema Corte apresentam força vinculante frente aos demais juízes e tribunais, evitando incertezas quanto à aplicação do direito no caso concreto<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> BARROSO, 2019, p. 23-24.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>124</sup> CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 331.

<sup>125</sup> Em 1801, o então presidente Jhon Adams, no apagar das luzes de seu governo, havia nomeado William Marbury como Juiz de Paz. Entretanto, a posse de Marbury não foi realizada no governo Adams, de modo que seu sucessor, Thomas Jefferson, ordenou ao Secretário de Estado James Madison que anulasse o ato do presidente anterior. Irresignado, Marbury ingressa com um *writ of mandamus* contra Madison a fim de que lhe fosse restituído o direito adquirido. Todavia, a Suprema Corte indeferiu o pedido de Marbury sob o fundamento de que a seção 12 do Judiciary Act de 1797 seria inconstitucional, uma vez que colidia com a Constituição de 1787 ao estabelecer que a Suprema Corte teria competência de expedir ordens mandamentais contra o Executivo. Ver mais sobre o caso em Cicconetti (2018, p. 331-336).

<sup>126</sup> CICCONE, *op. cit.*, p. 335.

Além disso, nos Estados Unidos prevaleceu a teoria da nulidade, segundo a qual a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma teria caráter declaratório, produzindo efeitos retroativos (*ex tunc*)<sup>127</sup>.

Em contraponto ao modelo americano, existe o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, introduzido na Europa por Hans Kelsen em 1920, por meio da constituição austríaca, e aperfeiçoado com a reforma constitucional de 1929<sup>128</sup>.

No modelo proposto por Kelsen, o controle constitucional deveria ser exercido de forma concentrada e abstrata por um tribunal constitucional, e não pelo Poder Judiciário. Nesse modelo de controle, a Corte constitucional exerceria uma espécie de atividade legislativa negativa, de modo que, por meio de sua decisão, a norma inconstitucional seria retirada do mundo jurídico, produzindo efeitos *ex nunc*<sup>129</sup>.

Vale salientar que no modelo austríaco, o controle era exercido por um órgão específico voltado para o desempenho de tal função, e que embora referido órgão tenha atuação jurisdicional, este não integra necessariamente a estrutura do judiciário<sup>130</sup>.

Também é necessário enfatizar que, diferentemente dos países que seguem a tradição do *common law*, em que existe a figura do *stare decisis*, mediante a qual a decisão proferida em um litígio específico produz efeitos gerais (*erga omnes*), nos sistemas judiciais europeus, de tradição romano-germânica, a regra geral ditava que as decisões judiciais apenas produziram efeitos *inter partes*, razão pela qual optou-se pela criação de um órgão específico, um tribunal constitucional, para o desempenho de competências dessa natureza e alcance<sup>131</sup>.

Na França, o controle de constitucionalidade se caracteriza por não ser judicial, tendo sido instituído pela Constituição de 1958, com a criação de um órgão de controle de leis denominado Conselho Constitucional, que figurava como uma instância político-institucional revisora das leis provenientes do parlamento<sup>132</sup>.

Nesse sentido, Cicconetti e Teixeira ressaltam que a soberania da vontade do povo, representada pelo Poder Legislativo, levava à conclusão de que o controle judicial de uma deliberação legislativa não poderia ser realizada pelo Poder Judiciário,

---

<sup>127</sup> BARROSO, 2019, p.38.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>132</sup> CICCONE, 2018, p. 299.

logo, “o controle de constitucionalidade das leis surgiram então na França não como uma função exercida pelo Poder Judiciário, mas como um mecanismo de controle sempre preventivo de natureza não judicial”<sup>133</sup>.

### 2.1.2 O controle de constitucionalidade no Brasil

No Brasil, o modelo de jurisdição constitucional se estrutura como uma mistura dos modelos estadunidense e continental-europeu anteriormente descritos, admitindo-se tanto o controle pela via difusa e incidental, quanto pela via principal e abstrata.

O controle de constitucionalidade passou a integrar o cenário brasileiro a partir da República, recebendo previsão legal na Constituição de 1891, na qual se estabelecia a competência das justiças da União e dos estados para se pronunciarem a respeito da inconstitucionalidade de leis. Nesse primeiro momento, foi adotado o modelo de controle de constitucionalidade americano, de modo que a fiscalização pelo judiciário deveria ser exercida de forma incidental e difusa<sup>134</sup>.

Posteriormente, o sistema constitucional brasileiro sofreu significativa mudança com o advento da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, a qual, alterando a alínea k do art. 101 da Constituição de 1946, atribuiu ao Procurador-Geral da República a possibilidade de formular representação ao Supremo contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual<sup>135</sup>.

Assim, como dito por Luís Roberto Barroso, introduzia-se no Brasil um mecanismo semelhante ao das Cortes europeias, em que o controle de constitucionalidade era realizado de forma principal e abstrata<sup>136</sup>.

Ainda, é importante ressaltar que a partir desse momento passaram a conviver no país os dois modelos de controle de constitucionalidade: difuso e concentrado. Com a Constituição de 1988, consagrou-se no Brasil esse modelo híbrido de controle constitucional, “[...] combinando o controle por via incidental e difuso (sistema

---

<sup>133</sup> CICCONE, 2018, p. 297.

<sup>134</sup> BARROSO, 2019, p. 85.

<sup>135</sup> CICCONE, *op. cit.*, p. 19.

<sup>136</sup> BARROSO, *op. cit.*, p. 86.

americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu)”<sup>137</sup>.

Inobstante, foram promovidas algumas inovações no que diz respeito à jurisdição constitucional a partir da Carta Magna de 1988, conforme se passa a expor a seguir.

Primeiramente, destaca-se a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, conforme o rol de legitimados disposto no art. 103, retirando a exclusividade do Procurador Geral da República para deflagrar o controle pela via principal<sup>138</sup>.

Além disso, foram previstos novos mecanismos de controle de constitucionalidade, ante a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2, da CF) e o mandado de injunção (art. 5, LXXI, da CF), bem como pelo estabelecimento no art. 102, §1, da CF, do mecanismo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, posteriormente regulamentado pela Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999<sup>139</sup>.

Destacamos que o controle exercido pela via incidental e difusa continuou a ser previsto, mediante a possibilidade de interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal diante da violação da constituição, nos termos do art. 102, III, da CF, de onde decorre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais<sup>140</sup>. Ademais, há que se ressaltar que em 18 de março de 1993 foi realizada a Emenda à Constituição nº 3/93<sup>141</sup>, passando a ser prevista no art. 102, I, alínea a, da CF, a ação declaratória de constitucionalidade.

---

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>138</sup> “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (Brasil, [2024]a).

<sup>139</sup> 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](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 4 nov. 2024.

<sup>140</sup> BARROSO, 2019, p. 88.

<sup>141</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 4 nov. 2024.

Desse modo, o exercício do controle principal e concentrado assumiu duas possibilidades: uma perante o Supremo Tribunal Federal, com a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, e da ação direta de constitucionalidade; e outra perante o Tribunal de Justiça do Estado, pela representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, nos moldes do art. 125, §2, da CF<sup>142</sup>.

Nesses termos, atualmente o sistema brasileiro segue admitindo o controle incidental exercido por juízes e tribunais, e o controle concentrado exercido diretamente pelo Supremo Tribunal Federal por meio dos seguintes mecanismos: (i) ação direta de inconstitucionalidade; (ii) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; (iii) ação declaratória de constitucionalidade; (iv) ação direta interventiva; (v) arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>143</sup>.

Por fim, vale apontar que, no Brasil, como regra, o controle judicial é realizado de forma repressiva, ou seja, quando a lei já se encontra em vigor. Entretanto, não se pode olvidar que, além do controle repressivo, também convive em nosso sistema a possibilidade de o controle ser exercido de forma preventiva, antes da conversão do projeto de lei em lei. No país, o controle prévio é exercido pelo Poder Legislativo, no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça e pelo Poder Executivo, mediante o veto ao projeto de lei aprovado pela casa legislativa. Existe também a possibilidade de o controle ser exercido de forma prévia, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário, no julgamento de mandados de segurança impetrados por parlamentares contra o processamento de proposta de emenda à Constituição cujo conteúdo viole cláusulas pétreas do art. 60, §4, da CF<sup>144</sup>.

## 2.2 A dificuldade contramajoritária

Diante do exposto no tópico anterior, evidencia-se que a Constituição de 1988 consagrou a jurisdição constitucional no Brasil, subvertendo a ordem de acúmulo de poder nas mãos do Executivo por um fortalecimento do Poder Judiciário, ao outorgar

---

<sup>142</sup> BARROSO, 2019, p. 88.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 68.

ao seu órgão máximo — a Suprema Corte — o papel de guardião da Constituição, com a missão de fiscalizar e regular a atividade do Legislativo e do Executivo<sup>145</sup>.

Conforme mencionado por Carlos Santiago Nino<sup>146</sup>, o poder dos Tribunais Constitucionais para rever a constitucionalidade das normas jurídicas sancionadas por órgãos democráticos tem sido uma das características centrais das democracias constitucionais liberais. Nesse ponto, cumpre salientar que, após a Segunda Guerra Mundial, o Direito Constitucional foi reconfigurado em diversos aspectos: quanto ao seu objeto, mediante a promulgação de novas Constituições; quanto ao seu papel, passando a ocupar posição central no ordenamento jurídico em lugar da lei; e quanto aos modos de interpretação e aplicação da norma. Além disso, ocorreu uma grande mudança institucional representada pela criação dos Tribunais Constitucionais e a progressiva ascensão do Poder Judiciário<sup>147</sup>.

Conrado Hübner Mendes destaca que a maioria dos regimes políticos ocidentais durante o século XX passou a adotar um sistema político de democracia constitucional — que combina a ideia de democracia, fundada no parlamento como expressão direta do ideal democrático, à ideia do constitucionalismo, calcado na existência de constituições e declarações de direitos, somados à instituição do controle judicial de constitucionalidade<sup>148</sup>.

Desse arranjo de sistema político que busca combinar os ideais de democracia (regra da maioria) e constitucionalismo (direitos fundamentais), decorrem dificuldades conceituais, institucionais e morais<sup>149</sup>. Afinal, os direitos fundamentais que funcionam como limites ao poder do Estado, e que em sua maioria apresentam certo grau de abstração, acabam tendo o seu alcance definido pela Corte Suprema, que não se trata de um órgão eleito pelo povo, e que portanto não possuiria capacidade para deliberar.

Eduardo Mendonça aponta que as Constituições contemporâneas possuem normas de textura aberta, de modo que os dois lados de uma mesma controvérsia

---

<sup>145</sup> MOTTA, 2012, p. 265.

<sup>146</sup> NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 258.

<sup>147</sup> BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3180>. Acesso em: 28 out. 2024. p. 27.

<sup>148</sup> MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 1.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 1.

social podem defender suas posições a partir do argumento da observância da norma constitucional. Nesses casos, impõem-se mecanismos de decisão que possam determinar qual dos lados está certo quanto ao significado da constituição<sup>150</sup>. Entretanto, há que se questionar: a quem deve ser conferida a última palavra a respeito da constitucionalidade das normas? O que nos faz crer que o Poder Judiciário estaria em melhor posição do que o parlamento, órgão que representa o povo, para realizar tal interpretação?

Tais questionamentos embasam a denominada dificuldade contramajoritária, resultante do argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular, sobretudo considerando que os pronunciamentos dos órgãos judiciais, uma vez esgotados os recursos processuais cabíveis, se limitam ao próprio Judiciário, inexistindo qualquer tipo de controle democrático, exceto pela hipótese complexa da superação do entendimento da Corte pela via de emenda à Constituição<sup>151</sup>.

Diante dessa questão, abordaremos a seguir algumas visões acerca da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

### 2.2.1 Argumentos contrários à jurisdição constitucional

Existem argumentos razoáveis a favor da noção de que a palavra final a respeito da constitucionalidade de leis deveria ficar a cargo de órgãos eletivos. O principal deles diz respeito aos méritos inerentes à deliberação realizada em órgãos eletivos, que é idealizada para propiciar a igualdade política dos eleitores e permitir que as concepções políticas divergentes possam testar umas às outras<sup>152</sup>.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Jeremy Waldron, segundo o qual a revisão judicial da legislação seria inapropriada para a tomada de decisão em uma sociedade livre e democrática<sup>153</sup>. Para o autor, a *judicial review* seria vulnerável em

---

<sup>150</sup> MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-176. p. 133.

<sup>151</sup> BARROSO, 2019, p. 76.

<sup>152</sup> MENDONÇA, 2015, p. 136.

<sup>153</sup> WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006. Disponível em:



duas frentes: primeiro, por não fornecer uma maneira da sociedade se concentrar nas questões reais em jogo, presentes quando cidadãos discordam sobre o direito; e, segundo, por carecer de legitimidade democrática, visto que ao priorizar a votação por maioria entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis politicamente, priva os cidadãos comuns e deixa de lado princípios de representação política na resolução final de questões sobre direitos<sup>154</sup>.

Assim, Waldron reconhece a existência de uma tensão entre constitucionalismo e democracia, e assevera que a dificuldade democrática do controle de constitucionalidade reside no fato de que em um sistema de controle de constitucionalidade forte, aqueles que detêm a palavra final atuam como se as suas opiniões fossem merecedoras de maior respeito do que a opinião de milhões de cidadãos<sup>155</sup>.

O autor, entretanto, não descarta que o parlamento também possui imperfeições; ao revés, assume que na vida política nenhum procedimento decisório será perfeito, de modo que tanto as Cortes quanto o raciocínio legislativo podem resultar em distorção de direitos<sup>156</sup>. Afirma, em conclusão, que o parlamento possuiria maior legitimidade para atribuir sentido à norma constitucional, uma vez que seus membros são eleitos por meio de procedimento democrático, bem como pelo fato dos canais de deliberação garantirem igualdade política na tomada de decisão.

Impende salientar que essa visão crítica da jurisdição constitucional, defendida por Waldron, Kramer e Tushnet, não nega a existência de uma cultura de direitos; todavia, sustenta que a atribuição do sentido aos conceitos constitucionais deveria ficar a encargo dos canais próprios da democracia representativa<sup>157</sup>. Segundo Mendonça, “na prática, essa visão atribui ao parlamento a função de atuar como guardião deliberativo de si mesmo, confiando nos seus méritos intrínsecos e na eficácia do controle social que sobre ele se exerce”<sup>158</sup>.

---

[https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54\\_115YaleLJ1346\\_April2006\\_.pdf](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf). Acesso em: 24 out. 2024. p. 1348.

<sup>154</sup> WALDRON, 2006, p. 1353.

<sup>155</sup> WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. **Díkaion Revista de Fundamentación jurídica**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. Disponível em: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/9023>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 20.

<sup>156</sup> *Id.*, 2006, p. 1386.

<sup>157</sup> MENDONÇA, 2015, p. 146.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p. 146.

Uma preocupação recorrente quanto ao reconhecimento do parlamento como instância deliberativa final diz respeito à possibilidade de se estabelecer uma tirania da maioria, visto que o procedimento democrático estaria organizado em bases majoritárias, podendo suprimir, dessa forma, direitos das minorias<sup>159</sup>. Waldron, por sua vez, refuta essa ideia, mencionando que uma decisão será tirânica ao cercear direitos fundamentais de grupos minoritários erroneamente, o que pode ocorrer tanto em decisões produzidas pelo parlamento quanto em decisões proferidas pelo poder judiciário<sup>160</sup>.

O simples fato de uma decisão legislativa não conceder aquilo que a minoria almeja não a torna tirânica, desde que a decisão final leve em conta as opiniões e interesses dessa minoria cuja opinião foi superada<sup>161</sup>.

Entretanto, apesar de ser possível afirmar que a decisão da maioria nem sempre representa tirania, não se pode olvidar que, nesse arranjo institucional em que se dá ênfase à dimensão coletiva do autogoverno democrático, faz-se necessária uma maior maturidade e esforço por parte do sistema político e da sociedade, por vezes até mesmo acima daquilo que boa parte dos países reais possam fornecer em bases estáveis e constantes<sup>162</sup>.

Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento asseveram que o pecado dessa teoria seria idealizar o espaço político como um espaço igualitário, em que as vontades de todos os cidadãos têm o mesmo peso, haja vista que a maioria das democracias representativas contemporâneas, incluindo o Brasil, estariam longe desse ideal.<sup>163</sup> Os autores ponderam que seria um equívoco tanto imaginar o Poder Judiciário como uma instância virtuosa, quanto glorificar o processo político majoritário, ignorando as suas deficiências<sup>164</sup>.

Nesse sentido, outorgar ao parlamento a última palavra acerca da constitucionalidade das normas é sem dúvida uma possibilidade, porém esta nem sempre será a melhor opção, sobretudo diante de sociedades permeadas pela desigualdade e pelo preconceito.

---

<sup>159</sup> WALDRON, 2006, p. 1395.

<sup>160</sup> WALDRON, 2006, p. 1395-1396.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 1398.

<sup>162</sup> MENDONÇA, 2015, p. 146.

<sup>163</sup> A esse respeito, v. também SIMÃO; RODOVALHO e TEODORO, 2023, *passim*.

<sup>164</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73-114. p. 88.

### 2.2.2 Argumentos favoráveis à jurisdição constitucional

Em contraponto ao exposto anteriormente, também existem argumentos consideráveis em defesa da jurisdição constitucional. Em verdade, a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade se sagrou vencedora no debate acadêmico e na prática jurisprudencial a partir de argumentos, a princípio, de lógica irrefutável. Dentre tais argumentos destacam-se os seguintes: (i) a Constituição representa a expressão mais alta da soberania popular, subordinando a todos, inclusive ao legislador; (ii) se a Constituição é uma norma jurídica, cabe ao Poder Judiciário interpretá-la e aplicá-la; (iii) quando o Judiciário interpreta uma norma constitucional, revela a vontade do Constituinte, isto é, do povo, e a faz prevalecer sobre a vontade das maiorias parlamentares eventuais<sup>165</sup>.

Essa linha de argumentação parte do princípio de que a interpretação constitucional seria uma atividade mecânica, de subsunção do fato à compreensão unívoca da norma — e não envolveria, portanto, qualquer ato volitivo por parte do intérprete, inexistindo, assim, quaisquer riscos à democracia decorrentes do controle judicial<sup>166</sup>.

Carlos Santiago Nino traça críticas a tais argumentos ao abordar a questão do controle de constitucionalidade. Quanto ao primeiro argumento, de que a Constituição representa a mais alta expressão da soberania popular, de modo que, ao interpretar as normas à luz da Constituição, o juiz apenas estaria reconhecendo a vontade do povo, o autor menciona que nem sempre as constituições têm origem em um procedimento democrático genuíno. Pelo contrário, em muitos casos somente uma fração da população, composta por homens brancos e ricos, de fato participaria do processo constitucional; além disso, mesmo em locais em que a Constituição tenha sido sancionada democraticamente, esta pode não expressar de forma permanente o consenso de um povo, uma vez que a sociedade evolui com o tempo e seus entendimentos mudam. Logo, não é possível afirmar que o controle judicial de constitucionalidade seria compatível com a ideia de democracia se fundamentando na

---

<sup>165</sup> BARROSO, 2019, p. 77.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 78.

noção de juízes revelarem a vontade do povo ao interpretar leis de acordo com a Constituição<sup>167</sup>.

Nino também nega que o controle judicial de constitucionalidade decorra de um mero raciocínio lógico da supremacia da Constituição, visto que nem sempre uma lei que se demonstre contrária à Constituição não deva ser aplicada pelo Poder Judiciário. Existe a possibilidade de a Constituição prever, por exemplo, que os juízes e até mesmo a Suprema Corte estariam obrigados a aplicar as leis até que fossem derogadas pelo órgão que as sancionou, ou até que fossem declaradas inconstitucionais por um outro organismo político. Logo, o controle de constitucionalidade, embora necessário, não seria necessariamente judicial<sup>168</sup>.

Ademais, Nino levanta ressalvas à concepção de que, ao interpretar, o juiz apenas revelaria o conteúdo da norma constitucional. Para tanto, o autor aborda a concepção de Dworkin de princípios e políticas, segundo a qual os princípios seriam direitos individuais invioláveis, representativos de limites intransponíveis pelas maiorias democráticas e assegurados pelo Poder Judiciário; enquanto as políticas se refeririam a direitos coletivos baseados no bem comum, passíveis de discussão na arena democrática<sup>169</sup>.

Para Nino, essa concepção se engana ao generalizar a ideia de que os direitos individuais seriam barreiras contra todas as decisões majoritárias: fosse assim, um direito individual nunca poderia ceder ao interesse coletivo e ao bem-comum. Além disso, a seu ver, Dworkin parece pressupor a existência de um amplo espaço para a implementação de políticas que estabelecem objetivos coletivos não colidentes com direitos individuais, espaço este que seria ocupado pelo processo político, permanecendo isento, portanto, do controle judicial<sup>170</sup>.

Ocorre que, ao ser adotada uma teoria robusta de direitos fundamentais, que abarque não só direitos individuais como também os direitos sociais, passíveis de violação por ações e por omissões do poder público, quase todo o espaço seria ocupado pela moral, restando pouco espaço para as políticas<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> NINO, 1997, p. 271.

<sup>168</sup> NINO, 1997, p. 261-269.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>171</sup> *Ibid.*

Assim, Barroso menciona que evoluiu a concepção liberal-positivista que considera a atividade do Poder Judiciário enquanto intérprete das normas constitucionais um ato de conhecimento — ou seja, “[...] de simples revelação da vontade contida na norma, não envolvendo criação ou escolha do intérprete” —, de modo que a dogmática jurídica moderna deixa de apoiar a ideia de que as normas jurídicas possuam caráter unívoco, apresentando uma única solução possível para o caso<sup>172</sup>.

Nessa senda, diante de uma norma de textura aberta, caberia ao intérprete valorar qual o sentido a ser atribuído dentro das possibilidades interpretativas. Logo, se o ato judicial é considerado volitivo, e não meramente cognitivo, cai por terra a ideia de legitimação do controle de constitucionalidade com base na tradicional concepção da separação dos poderes, o que levou a nova dogmática e a nova hermenêutica constitucionais a buscarem novos fundamentos para a legitimidade da jurisdição constitucional, empreendendo esforço para minimizar o conteúdo discricionário do elemento volitivo da decisão constitucional, revestindo-o de uma fundamentação racional que deve ser compartilhada com a comunidade<sup>173</sup>.

Essa nova perspectiva é muito bem explorada por Jorge Reis Novais ao tratar dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, sendo suscetíveis à ponderação, conforme abordaremos a seguir.

#### 2.2.2.1 Direitos como trunfos e a limitabilidade dos direitos fundamentais

Como exposto anteriormente, a questão da dificuldade contramajoritária esbarra na relação entre o constitucionalismo e a democracia. Afinal, os direitos fundamentais possuem como destinatários primários os poderes públicos e obrigam a maioria que exerce democraticamente o poder político. Nesse sentido, se apresenta o seguinte problema: como estabelecer o alcance desses direitos, que impõem limitações ao próprio Estado<sup>174</sup>?

A resposta de Jorge Reis Novais parte da análise dos direitos fundamentais como garantias jurídico-constitucionais, que possuem supremacia de natureza

---

<sup>172</sup> BARROSO, 2019, p. 78.

<sup>173</sup> BARROSO, 2019.

<sup>174</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos direitos fundamentais**: fundamento, justificação e controlo. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2021. p. 145.

jurídico-formal, e dessa forma são munidos de uma força especial de vinculação e subordinação de todos os poderes públicos aos seus comandos<sup>175</sup>.

Novais discorre sobre a teoria desenvolvida por Dworkin acerca dos direitos fundamentais como trunfos, segundo a qual ter um direito fundamental seria como possuir um trunfo em um jogo de cartas, em que a carta de trunfo prevalece sobre as demais, ainda que estas possuam aparente valor mais elevado<sup>176</sup>. Aplicando essa ideia ao sistema de um Estado de Direito, o autor prevê que os direitos fundamentais funcionariam como trunfos contra a maioria, posto que, frente ao cidadão, o Estado é o jogador que se senta do outro lado da mesa, de modo que ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra a maioria que governa, mesmo quando esta disponha de uma maioria social e decida segundo procedimentos democráticos<sup>177</sup>.

Nessa linha, os direitos fundamentais seriam trunfos contra a maioria por duas razões: pelo fato de possuir fundamento na dignidade da pessoa humana, e em razão da supremacia formal e da força vinculativa que possuem ante a natureza constitucional que ostentam, impondo a sua observância à própria maioria que governa democraticamente<sup>178</sup>.

É importante mencionar, neste ponto, que a ideia de trunfos remete a uma tensão ou oposição entre os direitos fundamentais e a democracia, porém esta não é a posição dominante. Permanece sendo mais comum a concepção da existência de uma integração entre esses dois polos, traduzida na forma do Estado de Direito Democrático, bem como na democracia adjetivada, deliberativa, constitucional, menos identificada com a regra da maioria e mais preocupada com a garantia dos direitos fundamentais, como destacamos no tópico anterior desta dissertação<sup>179</sup>.

Não obstante, segundo Novais, essa ideia de harmonia entre democracia e Estado não é um dado, uma vez que a ideia de conflito, ou pelo menos tensão, entre esses dois princípios também sempre está presente nas discussões. Alguns fatos reveladores dessa tensão seriam a possibilidade da maioria constranger e ameaçar os direitos fundamentais, podendo, inclusive, ocorrer a funcionalização e instrumentalização de direitos fundamentais pelas majorias em regimes autocráticos

---

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 146-147.

<sup>177</sup> NOVAIS, 2021.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 147.

e populistas; o fato de o Poder Judiciário, não eleito, ter a possibilidade constitucionalmente assegurada de inibir o livre exercício do Poder Democrático em nome da salvaguarda dos direitos fundamentais; e a existência de uma natureza contramajoritária dos direitos fundamentais, por imporem limites jurídicos intransponíveis ao legislador democrático<sup>180</sup>.

Novais, entretanto, aponta vantagens do acolhimento da tese de oposição. O autor sugere que analisar a relação entre Estado de Direito e Democracia sob a perspectiva de tensão seria uma estratégia mais favorável do que a ideia de integração, pois mais do que garantir um ideal normativo de democracia, importaria garantir aperfeiçoamento, racionalidade, objetividade e adequação dos mecanismos e técnicas de controle de constitucionalidade das intervenções restritivas que afetam os direitos fundamentais em um Estado de Direito<sup>181</sup>.

Sendo assim, o autor sustenta ser mais útil o reconhecimento da existência de uma tensão entre os dois polos, pois dessa forma a intervenção judicial somente se justificaria mediante a delimitação dos interesses em colisão e das razões para a prevalência de um interesse sobre o outro. De outra banda, a ideia de integração, que tende a ocultar o confronto de interesses, tornaria menos necessária uma justificativa para a restrição de um direito constitucional, ampliando assim o espaço para o subjetivismo e o decisionismo — uma preocupação da dogmática moderna<sup>182</sup>. Portanto, evidenciar os conflitos de interesses entre os direitos fundamentais e a democracia seria uma forma de garantir que o controle de constitucionalidade se realize de forma mais transparente.

Devemos notar que aceitar a existência de um conflito entre o constitucionalismo e a democracia poderia conduzir ao argumento de que caberia aos canais de deliberação democrática a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, tal como asseverado por Jeremy Waldron e disposto na seção anterior. Todavia, Novais desenvolve outra estratégia à luz da concepção dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, que estariam sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação. Nesse sentido, a jurisdição constitucional existiria para garantir a

---

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 151.

<sup>181</sup> NOVAIS, 2021, p. 156.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 157.

vinculação e indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte do governo democrático e das entidades públicas<sup>183</sup>.

Segundo o autor, os direitos fundamentais seriam trunfos que entrincheiram interesses pessoais de igual consideração e respeito, e de autonomia moral individual; entretanto, estes poderiam ceder perante outros valores, bens e direitos que no caso apresentassem valor superior. Para realizar essa análise e determinar qual interesse deve preponderar no caso concreto, seria necessária a realização de um juízo de ponderação avaliando o peso relativo aos direitos fundamentais, em contraponto ao peso dos interesses do bem comum buscados pela maioria democrática<sup>184</sup>.

Logo, a quem competiria realizar tal juízo de ponderação, revelando quando a força de um trunfo deve se impor em definitivo ou quando os direitos fundamentais devem ceder? Em outros termos, a quem competiria a última palavra sobre questões de direitos<sup>185</sup>?

De acordo com Novais,

[...] a ideia de direitos fundamentais como trunfos é estruturalmente adversa à atribuição desta mesma competência à maioria que governa. Com efeito, se os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, não deveria ser essa maioria a dispor da última palavra sobre a questão.

Novais menciona que, em uma democracia, desde que as regras democráticas sejam garantidas, a maioria não necessitaria das garantias do Estado de Direito, podendo alcançar posição dominante mediante o apoio majoritário, e possuindo a capacidade, inclusive, de buscar a substituição de seus representantes caso estes não estejam protegendo adequadamente seus interesses. As posições minoritárias, por sua vez, necessitariam das garantias do Estado de Direito<sup>186</sup>.

Isto posto, ao elevar os direitos fundamentais ao nível de garantia constitucional, a decisão constituinte da maioria priva essa mesma maioria, sendo seu último ato de disposição dos direitos fundamentais. Desse modo, caberia à jurisdição o papel de garantir a força de resistência dos direitos fundamentais, avaliando quando o peso de um interesse é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental ou, quando o argumento do

---

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 165-175.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>185</sup> NOVAIS, 2021, p. 196.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 189-190.



interesse público apenas oculta a intenção dos detentores conjunturais do poder de impor seus interesses particulares, menosprezando o sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria<sup>187</sup>.

Assim, Novais sustenta que os direitos fundamentais possuem uma reserva geral imanente de ponderação, ou seja, que os direitos fundamentais foram consagrados na Constituição sob o pressuposto implícito de que, quando considerados como um todo, podem ser restringidos de forma geral. Entretanto, o autor pontua que se (ou quando) os direitos fundamentais forem sujeitos à restrições, essa ação deve ser realizada por meio de um controle de constitucionalidade próprio do controle de restrições a direitos fundamentais em um Estado de Direito, segundo o qual uma restrição necessita de uma justificação que deve ser alegada e demonstrada pelos poderes públicos<sup>188</sup>.

A positivação de certos comandos na Constituição se deu justamente pela percepção de que certos valores deveriam ser trazidos à Constituição, de modo a se criar um contraponto jurídico à política majoritária. É importante mencionar que a concepção de direitos como trunfos de acordo com Novais não se resume à proteção privilegiada de direitos políticos das minorias, possuindo uma intenção mais ambiciosa, segundo a qual a ideia de trunfos deve ser reinterpretada à luz da dignidade da pessoa humana, estendendo-se a todos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais<sup>189</sup>.

A concepção dos direitos como trunfos não visa apenas, em uma visão procedimentalista, a garantia de direitos voltados à garantia da qualidade da democracia, mas também a proteção reforçada de todos os direitos fundamentais da pessoa, sendo um recurso adequado para a proteção dos grupos vulneráveis, marginalizados<sup>190</sup>.

Sendo assim, considerando que após a Segunda Guerra as Constituições passaram a prever uma ampla variedade de temas, não se restringindo apenas a definir as regras do jogo político, mas também prever direitos sociais de natureza prestacional ao lado dos direitos individuais. O Poder Judiciário experimentou uma

---

<sup>187</sup> *Ibid.*, p. 197-200.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>189</sup> NOVAIS, 2021, p. 191.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 192.

expansão ante a necessidade de fixar o sentido e abrangência dos princípios constitucionais<sup>191</sup>.

Logo, a atuação do tribunal visando a concretização de normas constitucionais de textura aberta representa a outra face da moeda da atuação do parlamento. A natureza da argumentação é comum, muito embora os requisitos, exigências procedimentais e ônus argumentativos de cada uma dessas esferas seja diverso<sup>192</sup>.

Destarte, abordaremos no próximo tópico deste capítulo a relação entre jurisdição e política, a fim de compreender os limites da intervenção do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade, bem como o equilíbrio argumentativo entre Direito e política que pode se estabelecer.

---

<sup>191</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 96-97.

<sup>192</sup> MENDONÇA, 2015, p. 144.

## 2.3 Da aproximação entre o Direito e a política

A dificuldade contramajoritária surge da relação entre a representação política e a jurisdição. Por conta disso, até o presente momento da pesquisa buscamos evidenciar argumentos contrários e favoráveis à legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Passaremos agora a abordar a jurisdição como parte do ciclo institucional democrático, analisando a possibilidade de uma interação entre os mecanismos jurídicos e políticos de tomada de decisões, delineando suas fronteiras.

### 2.3.1 Jurisdição e judicialização

Como exposto anteriormente, ocorreu uma expansão global do Poder Judiciário, de modo que, se durante o século XIX a *judicial review* era uma peculiaridade norte-americana, no início do século XXI observamos que 158 países passaram a contar com previsões expressas de algum instrumento de jurisdição constitucional. Ademais, nota-se um desenvolvimento da tutela internacional de direitos humanos a partir dos tratados e Cortes internacionais, influenciando esse fenômeno de ampliação do judiciário<sup>193</sup>. Ressaltamos, no entanto, que a referida expansão ocorreu em ondas:

a primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da *judicial review of legislation* no caso *Marbury v. Madison* (1803); a segunda se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex.: Alemanha e Itália) e com o processo de independência de antigas colônias (i.e., Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina) e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia)<sup>194</sup>.

Porém, como pondera Brandão<sup>195</sup>, o fenômeno da expansão do Poder Judiciário decorre não só da globalização da jurisdição constitucional, mas

---

<sup>193</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10648>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 176.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 176-177.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 177.

principalmente da judicialização da política, caso em que o Poder Judiciário passa a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas por outros departamentos estatais, principalmente o Executivo e o Legislativo.

Quanto à judicialização, Sales<sup>196</sup> dispõe que se trata de

[...] um fenômeno que vem sendo estudado como um dos resultados da relação do judiciário com os demais poderes, a saber: o legislativo, responsável pela elaboração das leis que regulam o Estado, e o executivo, que se ocupa da efetivação das políticas. O judiciário, neste contexto, cumpriria a função de contrapeso, garantindo a separação entre os poderes, a constitucionalidade das leis e políticas elaboradas e aplicadas, bem como a proteção das minorias.

Dessa forma, a judicialização da política pode ser definida como um processo em que o poder de tomar decisões de alta conotação política é transferido dos detentores de mandatos eletivos (Poder Legislativo e Poder Executivo) aos juízes<sup>197</sup>.

Impende destacar que a expansão da jurisdição constitucional e o crescimento da judicialização da política se devem a diversos fatores e condições. Rodrigo Brandão trata de tais condições em seu artigo intitulado *A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro*, apontando como elementos importantes ao esclarecimento do fenômeno da expansão do judiciário a análise de sua vinculação a condições institucionais, a exemplo do fortalecimento do Poder Judiciário, dos instrumentos de controle dos atos do poder público, bem como da positivação dos direitos fundamentais nas Constituições. Contudo, segundo o autor, esses elementos seriam insuficientes para sustentar a plena compreensão do fenômeno<sup>198</sup>.

Brandão relata que a Ciência Política contemporânea tem apontado as seguintes condições fundamentais: a estabilização da democracia, o grau de difusão do poder político, o sistema de governo, a forma de Estado, e o grau de confiança nas instituições do sistema político constitucional. Porém, para além de tais condições, seria imprescindível a análise do perfil do catálogo de direitos humanos adotado, o modelo de controle de constitucionalidade, o rol de competências da Suprema Corte,

<sup>196</sup> SALES, Jucele Gomes. Judicialização e políticas públicas: reflexões sobre a inserção do Judiciário no modelo processual. **Espaço Público**, v. 2, p. 58-66, dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politicaspUBLICAS/article/view/238598>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 58.

<sup>197</sup> BRANDÃO, 2013, p. 177.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 180.

e a relação entre a extensão do texto constitucional e o grau de dificuldade para sua reforma<sup>199</sup>.

Vale destacar que algumas teorias foram desenvolvidas acerca das razões para a expansão do Judiciário, as quais são divididas entre teorias conceitualistas e funcionalistas. Na perspectiva conceitualista, o fenômeno estaria relacionado ao surgimento de uma cultura de direitos após a Segunda Guerra Mundial, o que implicou na concepção da democracia não mais como um sinônimo da *regra da maioria*, mas sim como uma democracia constitucional, que pressupõe o respeito aos direitos das minorias. Assim, a judicialização é compreendida como um instrumento de limitação do poder em um Estado amplo, de modo que a melhor medida para a garantia desse Estado se consubstanciaria na difusão do poder por meio de instrumentos de fiscalização recíproca — principalmente do controle de constitucionalidade —, permitindo a ampliação do acesso de grupos minoritários ao processo político<sup>200</sup>.

Por outro lado, as teorias funcionalistas sustentam que a judicialização decorreria da própria estrutura do sistema jurídico, sendo a existência de múltiplos pontos de veto em um sistema político fortemente descentralizado um exemplo. Dessa forma, o federalismo e mecanismos rígidos de separação dos poderes fomentariam a judicialização, uma vez que o Poder Judiciário teria que agir como terceiro imparcial na solução de conflitos entre os demais poderes<sup>201</sup>.

Brandão sublinha que, além das teorias conceitualistas e funcionalistas, novas teorias têm surgido a partir da exploração do paradoxo intrínseco ao fato da expansão do Poder Judiciário — cuja atuação, a princípio, limitaria o poder do Legislativo e do Executivo — só ser possível mediante a aceitação expressa ou tácita desses mesmos poderes, já que o judiciário depende deles para o cumprimento de suas determinações e para que suas interpretações se mantenham no futuro. Nesse sentido, qual seria o motivo para que os demais poderes aceitassem tal fenômeno<sup>202</sup>?

A razão estaria na concepção da jurisdição como um seguro político, expressão cunhada por Thomas Ginsburg, segundo a qual o Poder Judiciário funcionaria como uma espécie de seguro aos perdedores na arena legislativa, garantindo que suas

---

<sup>199</sup> BRANDÃO, 2013, p. 180-181.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 182-183.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 184.

reivindicações possam ser levadas aos tribunais, de modo que os vencedores no processo eleitoral não possuam o controle total da política<sup>203</sup>.

Ao tratar da teoria de Ginsburg, Brandão dispõe que a expansão do judiciário possui fundamento na incerteza política futura, de modo que, em sistemas em que exista um partido político dominante e que concentre o poder político, a tendência é que se favoreça a flexibilidade constitucional e a restrição da *judicial review*. Por outro lado, em sistemas em que vários grupos disputam nas eleições e apresentam um grau de difusão, a tendência seria um nível maior de rigidez constitucional e ampliação da *judicial review*. Dessa dinâmica decorreria a conclusão de que há uma propensão natural de que o judiciário e a democracia avancem juntos<sup>204</sup>.

Nesse segmento, a democracia e o pluralismo jurídico são ressaltadas como condições políticas para a judicialização. Além disso, também são consideradas condições políticas, a adoção do federalismo como forma de organização política e a separação de poderes, uma vez que a divisão vertical e horizontal do poder gera um maior fracionamento do seu exercício, culminando em conflitos entre os diversos entes, que acabam desaguando no Judiciário<sup>205</sup>.

Por fim, a ineficiência e perda da confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias, acompanhada de fortes esperanças depositadas no Judiciário, também favorece a sua expansão<sup>206</sup>. Nessa linha, Motta preceitua que a emergência dos atores do Direito estatal no cenário político brasileiro deveu-se a dois fatores:

primeiramente, os dispositivos constitucionais de 1988 que fortaleceram as representações funcionais do direito e, em segundo, a crise de legitimidade das instituições tradicionais da representação política, notadamente os partidos políticos<sup>207</sup>.

Ocorre que não só no Brasil, como em outros países democráticos ao redor do mundo, nota-se uma crise de representatividade, muito relacionada ao fato da

---

<sup>203</sup> GINSBURG, Thomas. **Judicial Review in new democracies**: constitutional courts in Asian cases. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003. p. 21-34.

<sup>204</sup> BRANDÃO, 2013, p. 184.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 187-191.

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 187-191.

<sup>207</sup> MOTTA, 2012, p. 281.

“disfuncionalidade, corrupção, captura por interesses privados” serem temas globalmente associados à atividade política<sup>208</sup>.

Mendonça destaca existir um “profundo e disseminado desencantamento com os mecanismos tradicionais da democracia representativa”,<sup>209</sup> evidente no Brasil e na imensa maioria dos países. O autor cita, a título de exemplo, os movimentos de rua ocorridos no Brasil; bem como protestos populares realizados na Alemanha que acabaram por cunhar a expressão *cidadania furiosa*; os movimentos dos indignados na Espanha; e a ocupação de Wall Street, nos Estados Unidos<sup>210</sup>.

Com efeito, diversas pesquisas de opinião realizadas no Brasil revelam a redução do nível de confiança dos brasileiros nas instituições nos últimos anos. Em pesquisa realizada em setembro de 2021 pelo Datafolha<sup>211</sup>, constatou-se uma queda da confiança nas instituições brasileiras em geral, sobretudo na Presidência da República. De acordo com os dados coletados, também foi possível verificar que a reprovação do desempenho do Congresso Nacional aumentou, resultando em sua pior avaliação no período 2012–2021.

A partir da referida pesquisa, também foi possível notar que, em que pese o grau de confiabilidade no Supremo Tribunal Federal ter diminuído nos últimos anos, a população apresenta um índice maior de confiança no Poder Judiciário (15% confia muito e 51% confia pouco) do que no Congresso Nacional (4% confia muito e 46% confia pouco)<sup>212</sup>. Assim, pode ser constatada a difusão do desencantamento com a política partidária tradicional, favorecendo a expansão do Judiciário.

Ademais, Brandão destaca a existência de um catálogo amplo de direitos como uma condição institucional facilitadora da judicialização. Ao mesmo tempo, argumenta que é importante realizar uma análise da forma de controle de constitucionalidade para compreender as condições da judicialização: segundo o autor, contribuiriam para um fortalecimento do Judiciário<sup>213</sup> o maior acesso à judicialização por um amplo rol de legitimados e de atos impugnáveis, bem como a existência de efeito *erga omnes* das

---

<sup>208</sup> BARROSO, 2015, p. 38.

<sup>209</sup> Cfr. SIMÃO; RODOVALHO e TEODORO, 2023, *passim*

<sup>210</sup> MENDONÇA, 2015, p. 137-138.

<sup>211</sup> DATAFOLHA; FOLHA DE S. PAULO. **Pesquisa Nacional**: 13 a 15/09/2021. [S. l.]: Datafolha, 2021. Disponível em: <https://media.folha.uol.com.br/datafolha/2021/09/24/avali24968insti94782congresso8472.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>212</sup> *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 193-195.

decisões proferidas pelo tribunal, somadas a um amplo rol de competências da Suprema Corte e uma Constituição abrangente, cujo processo de alteração seja difícil.

Logo, pode-se dizer que o Brasil apresenta uma série de fatores que favorecem a expansão da judicialização. Afinal, desde a Constituição de 1988 a democracia brasileira, muito embora ainda careça de aperfeiçoamento, se consolidou e estabilizou no país<sup>214</sup>.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 apresenta condições favoráveis à expansão do Judiciário, ante a difusão do poder político pela adoção do presidencialismo, federalismo, sistema proporcional e multipartidarismo, além do aumento da incerteza eleitoral, pela estabilização da democracia<sup>215</sup>.

Ainda quanto às condições institucionais mencionadas anteriormente, o Brasil apresenta um amplo catálogo de direitos contemplados na Carta Constitucional, bem como previsão legal de mecanismos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Destaca-se também o fato de ter ocorrido uma ampliação do acesso à jurisdição, com o alargamento do rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e maior acesso ao controle de constitucionalidade por grupos de interesse e partidos de oposição<sup>216</sup>.

Também há que se observar a inexistência de restrições significativas ao controle incidental, e uma certa ampliação do controle abstrato, ante a evolução da jurisprudência do STF em inovações legislativas e a regulamentação da ADPF<sup>217</sup>. Afora esses aspectos, houve uma evolução quanto aos efeitos subjetivos da decisão proferida em controle de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a previsão de efeito *erga omnes* das decisões proferidas em sede de controle abstrato, e a possibilidade de que decisões proferidas em controle difuso transcendam as partes do processo, a partir da súmula vinculante e da atribuição de repercussão geral<sup>218</sup>.

Dessa maneira, evidencia-se que no Brasil existem diversas condições que podem ser elencadas como favoráveis à expansão do Judiciário e da judicialização da política.

---

<sup>214</sup> DATAFOLHA; FOLHA DE S. PAULO, 2021, p. 202.

<sup>215</sup> *Ibid.*, p. 202-205.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 205-213.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 207-208.

<sup>218</sup> *Ibid.*, p. 209.



### 2.3.2 A relação entre Direito e política

A maioria das Constituições, ao consagrar direitos fundamentais, realiza uma aproximação entre Direito e política<sup>219</sup>. Embora de forma habitual se possa assumir que Direito e política sejam domínios distintos mas conectados entre si, como uma via de mão dupla — via Direito-política, resultante do fato da ordem jurídica ser produto de decisões majoritárias; e via política-Direito, representada pelas limitações formais que o Direito impõe ao processo legislativo —, em verdade, em determinados momentos o Direito e a política se encontram imbricados<sup>220</sup>.

Afinal, como mencionado por Mendonça, a Constituição traz uma série de fundamentos jurídicos que tentarão se impor sobre a liberdade de conformação política. Em verdade, a ordem jurídica fornece um conjunto diverso de elementos normativos, que são passíveis de invocação em quase qualquer situação<sup>221</sup>.

Nesse sentido, há que se observar o Poder Judiciário não é o único que busca apresentar justificativas às suas decisões como forma de legitimar a sua atuação e afastar suspeitas de que o ato judicial esteja calcado em interesses ou opiniões particulares; o Poder legislativo também invoca argumentos constitucionais no debate político para expressar compromisso com a cultura de direitos e demonstrar que suas posições são aptas a concretizar comandos constitucionais<sup>222</sup>. Logo, denota-se uma inegável proximidade entre o discurso político e jurídico, apesar de existirem diferenças entre suas exigências procedimentais e ônus argumentativos.

Assim, Eduardo Mendonça destaca que não se configura interferência indevida da política no Direito o fato do Legislativo buscar legitimação discursiva na Constituição, sendo esta uma decorrência da própria textura aberta das normas constitucionais e dos valores sociais a ela incorporados. Igualmente, não seria indevida a atuação do Judiciário na interpretação das normas, posto que essas questões, além de jurídicas, são políticas<sup>223</sup>.

Assim, no Estado de Direito Democrático evidencia-se, de um lado, agentes políticos que buscam conferir sentido às normas da Constituição de modo a validar

---

<sup>219</sup> MENDONÇA, 2015, p. 146.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 144-145.

suas propostas e questionar as de seus opositores; e de outro lado, os tribunais interpretando as mesmas normas, com o ônus de justificar que a sua interpretação não decorre de preferências pessoais, mas sim de uma interpretação coerente e racional da ordem jurídica. Dessa dinâmica decorre o impasse: a quem compete a palavra final sobre a interpretação da Constituição<sup>224</sup>?

Em seção anterior abordamos o assunto apontando alguns argumentos contrários e favoráveis à jurisdição constitucional. Entretanto, vale tecer mais algumas considerações sobre esse ponto. Como vimos, a maior crítica à jurisdição constitucional reside no fato de a palavra final ser transferida a agentes não eleitos, configurando ato antidemocrático, em razão da carência de representatividade. Contudo, essa visão deve ser colocada em perspectiva.

No século XX, observamos uma expansão das jurisdições constitucionais ligada aos movimentos democráticos — o que não significa que as maiorias estariam dispostas a se submeterem plenamente a um grupo de juízes. Em vez disso, nos regimes democráticos, as maiorias parecem entender que os Tribunais Constitucionais garantiriam a segurança e qualidade da democracia<sup>225</sup>.

Nesse sentido, como prevê Mendonça, forças políticas consentiriam a criação de uma jurisdição constitucional, por antever que em qualquer momento poderiam deixar de ser majoritárias. O acesso a um poder pleno, portanto, teria sido trocado por um poder limitado para todas as partes. Essa, inclusive, é a lógica da teoria da separação dos poderes, idealizada para que um poder possa frear outro poder<sup>226</sup>.

Na mesma linha, Conrado Hübner Mendes adota a tese de que a revisão judicial teria justificativa no modelo de separação dos poderes dada a sua potencial capacidade de limitar a autoridade política, figurando como mais um ponto de veto no sistema jurídico — veto qualificado por argumentos de direito<sup>227</sup>.

Nota-se que, se o Poder Judiciário tivesse condições de sobrepor a sua vontade de forma absoluta às forças políticas, o raciocínio disposto acima restaria prejudicado, uma vez que nesse caso o Poder Judiciário poderia se convolar em um poder tirânico. A história não registra, entretanto, casos reais de juristocracia; ao

---

<sup>224</sup> MENDONÇA, 2015, p. 147.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 147-148.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>227</sup> MENDES, 2008, p. 10-11.

contrário, regimes autoritários não possuem dificuldades em limitar o Poder Judiciário<sup>228</sup>.

Logo, podemos apontar como uma vantagem da jurisdição constitucional o fato de possuir uma debilidade política: “[...] sem armas, sem trunfo, sem chave do cofre e sem votos a força do tribunal depende de sua capacidade de interagir com a sociedade por meio de argumentos aceitáveis e, por essa via, conservar o respeito dos agentes do povo em geral”<sup>229</sup>.

Ante a sua debilidade política, o que garante que o Tribunal Constitucional sobreviva é a sua habilidade de gerar apoio difuso à sua autoridade, preservando a concepção de que não foi incorporado por interesses partidários — o que só seria possível mediante fundamentação das decisões a partir de critérios jurídicos objetivos<sup>230</sup>.

Na lógica neoconstitucionalista, há um prestígio da razão prática, no sentido de que deve ser racional a argumentação utilizada na solução de questões práticas que o Direito acaba tendo que equacionar<sup>231</sup>.

### 2.3.3 Jurisdição constitucional como parte do ciclo institucional democrático

Embora a discussão acerca da dificuldade contramajoritária muitas vezes se centre em qual seria o órgão legítimo a proferir a palavra final quanto ao sentido dos direitos fundamentais, a questão não pode ser analisada sob perspectiva estática. Isso porque, considerando a jurisdição constitucional como parte do ciclo institucional democrático, a palavra final é apenas provisória. Segundo Mendonça,

[...] há interferências políticas na escolha dos magistrados e no procedimento pelo qual decidem, limites formais e informais ao que pode ser decidido, influências da opinião pública anteriores e posteriores, bem como mecanismos de superação política da jurisprudência, incluindo a edição de emendas constitucionais<sup>232</sup>.

Como disposto por Luís Roberto Barroso, apesar das decisões jurídicas do Supremo Tribunal Federal, assim como de qualquer corte constitucional, serem finais,

---

<sup>228</sup> MENDONÇA, *op. cit.*, p. 148.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>231</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 98.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 151.

elas não se encerram em si. São influenciadas pela realidade subjacente, ao mesmo tempo que exercem sobre a realidade um poder de conformação. Dessa forma, a legitimidade de uma decisão judicial e o poder das Cortes se relacionam na confluência entre consentimento e respeito<sup>233</sup>.

Existe uma interação entre os poderes, um fluxo contínuo de diálogo entre as instituições democráticas, sendo natural que existam mudanças de entendimento predominante, em um contínuo processamento das concepções majoritárias à luz das balizas do Estado de Direito<sup>234</sup>.

Entretanto, é mais comum que ocorram mudanças de entendimento no Congresso, pelo seu caráter político, do que no Poder Judiciário. Afinal, as decisões judiciais se apresentam como atos cognitivos, e a sua revisão importa o reconhecimento de que houve um equívoco na posição anterior. Assim, pode ser mais promissor buscar a rediscussão da matéria no parlamento do que a revisão da jurisprudência<sup>235</sup>.

Além disso, como afirma Mendonça, buscar a alteração da jurisprudência pode implicar custos políticos elevados aos agentes eleitos. Nesse sentido, o autor indica que propostas para desautorizar o reconhecimento de uniões homoafetivas ou proibir o aborto em casos de anencefalia, por exemplo, poderiam gerar uma onda de descontentamento popular<sup>236</sup>. Por fim, ainda reflete ser desejável que exista uma certa dificuldade institucional para a superação do entendimento do Tribunal Constitucional, haja vista a sua função de proteger a Constituição<sup>237</sup>.

Como dito, a legitimidade da atuação da Corte se relaciona à sua capacidade de imprimir em suas decisões argumentos que sejam aceitáveis por todos os grupos sociais. Sendo assim, muitas vezes a decisão judicial está alinhada com a vontade das maiorias<sup>238</sup>. Todavia, há que se ter cuidado com a errônea percepção de que a legitimidade do Poder Judiciário se encontra na sua aptidão para representar anseios da maioria — sua função é contramajoritária, sendo esse papel de representação das maiorias próprio da política.

---

<sup>233</sup> BARROSO, 2019, p. 84.

<sup>234</sup> MENDONÇA, 2015, p. 152.

<sup>235</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 153-154.

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 154.

Portanto, o fundamento da jurisdição constitucional não é seguir a vontade majoritária, mas, sim, ser parte integrante de um ciclo institucional de decisão democrática, que abre espaço para atuações mais ou menos populares dos três poderes e também para mecanismos de reação que podem ou não prosperar<sup>239</sup>.

Conrado Hübner Mendes destaca ser inevitável a interação no modelo de separação entre os poderes, sendo que a interação deliberativa representaria maiores ganhos do que uma interação adversarial<sup>240</sup>. Segundo o autor, a interação deliberativa entre os poderes não elimina a possibilidade de erros, mas é capaz de aumentar as possibilidades de acerto, elevando a capacidade epistêmica da democracia. Portanto, o Poder Judiciário não pode ser visto apenas como uma barreira de contenção, mas como um mecanismo para viabilizar melhores deliberações, desafiando a política a se superar em qualidade<sup>241</sup>.

Destarte, é possível perceber que o Direito e a política possuem uma aproximação. Diante dos enunciados abertos da Constituição, estabelecer o seu sentido é, como descreve Mendonça, “uma atividade simultaneamente política e jurídica”<sup>242</sup>. Assim, nos parece que a legitimidade da jurisdição constitucional para realizar o controle de constitucionalidade, sobretudo em países como o Brasil, em que a Constituição traz previsão expressa quanto a essa possibilidade, reside muito mais na compreensão dos limites e da densidade da intervenção judicial do que na discussão acerca da possibilidade de intervir atribuindo conteúdo a princípios constitucionais de textura aberta.

Logo, compreendendo que no sistema de separação dos poderes o Poder Judiciário integra o ciclo institucional democrático, nos cabe a discussão de como garantir que sua atuação seja legítima, sem que represente um decisionismo ou uma interferência abusiva em campos que devem ser reservados à política e, portanto, aos instrumentos de decisão majoritária.

Pode-se dizer que as Cortes Constitucionais estão na política, sendo faces de uma mesma moeda, mas que não podem ser políticas. O que se pretende afirmar, a esta altura da dissertação, é que não pode ocorrer uma politização da justiça, compreendida como “[...] o abuso da própria influência por parte dos juízes e tribunais,

---

<sup>239</sup> MENDONÇA, 2015, p. 155.

<sup>240</sup> MENDES, 2008, p. 214.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 214.

<sup>242</sup> MENDONÇA, *op. cit.*, p. 159.

desdobrando de forma deliberada ou simplesmente grosseira o seu papel institucional”<sup>243</sup>.

Como visto na seção 3.3.1, diversas condições contribuem à judicialização da política, de modo que questões que perpassam a política acabam desaguando no Judiciário. Para que não incorram em politização da Justiça, os magistrados devem evitar a utilização ostensiva de recursos tipicamente políticos, o que resultaria em uma confusão de métodos. Nesse sentido, Mendonça dispõe ser natural que as Cortes utilizem estratégias como, por exemplo, retardar ou adiantar determinado julgamento, o que não configura exatamente uma confusão de métodos; todavia, não se pode admitir a atuação estratégica individual, destinada a direcionar o resultado de uma determinada votação de acordo com preferências do julgador<sup>244</sup>.

Do mesmo modo, não se pode assentir a deturpação da jurisdição, mediante o uso da jurisdição por grupos sociais ou magistrados para avançar uma agenda política sem passar pelas acomodações do processo parlamentar. Dito isto, na próxima seção será abordada a questão dos limites de uma intervenção judicial legítima.

#### 2.3.4 Limites da intervenção jurisdicional legítima na concretização de direitos fundamentais sociais e no controle de políticas públicas

##### 2.3.4.1 Dos direitos fundamentais e as omissões administrativas

Conforme aludido anteriormente, o neoconstitucionalismo do pós-guerra não se limitou a consagrar a separação dos poderes e os direitos fundamentais individuais, como também passou a prever direitos sociais. Logo, no âmbito do Estado de Direito Social e Democrático, foi atribuída aos poderes públicos a função de não apenas respeitar direitos fundamentais, mas promover e proteger os referidos direitos em prol do bem-estar social<sup>245</sup>.

Assim, tradicionalmente e de forma simplificada, tais direitos básicos constitucionalmente assegurados acabaram sendo divididos em direitos positivos, que impõem prestações ao Estado; e direitos negativos, que configuram uma espécie de

---

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>244</sup> MENDONÇA, 2015, p. 165-167.

<sup>245</sup> NOVAIS, 2021, p. 194-195.

imunidade à ação proibitiva do Estado<sup>246</sup>. De acordo com essa categorização, “[...] se os direitos positivos nos protegem do Estado, os negativos nos concedem serviços do Estado”<sup>247</sup>.

Desse modo, no Estado de Direito Social e Democrático, o dever de abstenção é substituído por um dever de *dare, facere e prestare*, incumbindo o Estado de assegurar a fruição das liberdades individuais e dos direitos sociais a partir de prestações positivas<sup>248</sup>.

Nessa linha, passa a ser função social do Estado garantir, por meio de prestações positivas, o mínimo necessário para a existência humana digna, ou seja, o mínimo existencial — compreendido como o núcleo de direitos prestacionais indispensável não apenas para a sobrevivência física do indivíduo, como também para a fruição de direitos fundamentais<sup>249</sup>.

No Brasil, os direitos mínimos necessários à garantia da dignidade da pessoa humana se encontram previstos no art. 3 da CF, que estabelece os objetivos fundamentais da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>250</sup>.

Para que possam ser atingidos tais objetivos fundamentais, denota-se necessária a elaboração de políticas públicas. De acordo com Celina Souza<sup>251</sup>, as políticas públicas podem ser resumidas como

<sup>246</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019. p. 33.

<sup>247</sup> HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 36.

<sup>248</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 136-150. p. 126.

<sup>249</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **eGov UFSC**, 5 mar. 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-ao-fornecimento-estatal-de-medicamentos>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 33.

<sup>250</sup> BRASIL, [2024]a.

<sup>251</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 26.

[...] o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, "colocar o governo em ação" e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.

Nesse ponto, cumpre salientar que embora muitas vezes as políticas públicas possam ser compreendidas como ações voltadas à promoção de direitos sociais, esse não é seu objeto imediato, mas consequência de sua implementação. Explica-se, conforme disposto por Mastrodi e Ifanger, que as políticas públicas devem ser compreendidas como “ações materializadoras de objetivos do Estado, a partir dos quais a promoção de direitos é uma consequência desejada, mas não sua finalidade primária”<sup>252</sup>.

Tal definição se justifica pelo fato de que, em um país como o Brasil, pautado no modelo de bem-estar social, pode-se dizer que há um dever constitucional de universalização de direitos, de modo que os direitos sociais, insculpidos no art. 6 da CF, devem ser garantidos de modo ininterrupto e indisponível, qualidades incompatíveis com o ciclo das políticas públicas que são criadas para atingir uma finalidade específica e assim interromper sua execução<sup>253</sup>.

Logo, a promoção de direitos sociais pode ser considerada uma consequência desejável dessa atuação do Estado voltada à realização de seus objetivos precípuos, mas não o seu principal escopo. Com efeito, para a implementação de políticas públicas é necessário que os Poderes Executivo e Legislativo tracem estratégias e promovam medidas para sua concretização<sup>254</sup>.

Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe mencionam que, embora o poder do Estado seja uno, este se expressa de diversas formas, por meio do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, os três poderes, além de independentes, devem operar em harmonia para que os objetivos fundamentais sejam alcançados<sup>255</sup>.

---

<sup>252</sup> MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. Sobre o conceito de políticas públicas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 24, n. 9, p. 5-18, set./dez. 2019. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v24i9.5702>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 7.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 12-13.

<sup>254</sup> SALES, 2018.

<sup>255</sup> GRINOVER, 2011, p. 128.



Logo, considerando que o Poder Judiciário representa uma forma de expressão do poder estatal, devendo estar alinhado com os seus objetivos, o controle judicial de políticas públicas se justifica a fim de que o Judiciário possa analisar não só a infringência frontal da Constituição, como também se as medidas adotadas pelo poder público estão de acordo com esses objetivos<sup>256</sup>.

Frisamos, aqui, que independentemente de se tratar de direitos fundamentais positivos ou negativos, estes possuirão aplicação imediata, por força do disposto no art. 5, §1, da CF. Sendo assim, a Constituição garante que, diante da inércia dos demais poderes na garantia de direitos fundamentais, tais direitos podem ser exigidos judicialmente.

Assim, os tribunais brasileiros também têm se posicionado, merecendo destaque a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45, na qual aborda a questão da legitimidade do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas diante de abusividade governamental, se pronunciado da seguinte forma:

**É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.**

**Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.**

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É

---

<sup>256</sup> GRINOVER, 2011, p. 129.

que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

[...] A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.”

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. **Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar,**

**a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado<sup>257</sup>.**

Assim, no julgado em questão, o Ministro reconhece a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas para garantir o mínimo existencial diante de injustificada inércia estatal ou de comportamento abusivo governamental, mas alerta para a necessidade de observância de alguns limites para a atuação do Poder Judiciário, a fim de que não se configure violação da separação dos poderes.

Analisando o julgado, Grinover e Watanabe dispõem:

[...] Resumindo, percebe-se que a posição do STF, manifestada por um de seus mais sensíveis Ministros, é a de que são necessários alguns requisitos, para que o judiciário intervenha no controle de políticas públicas, até como imperativo ético-jurídico: (1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público; (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas<sup>258</sup>.

Dito isto, verifica-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para garantir os direitos sociais diante da inércia ou diante de ações abusivas por parte dos demais poderes, sem que isso comprometa a separação dos poderes.

#### 2.3.4.2 Do pressuposto e dos limites para a intervenção legítima

Primeiramente, há que se observar que o pressuposto da intervenção judicial em políticas públicas é a garantia do mínimo existencial. Assim, conforme disposto anteriormente, o mínimo existencial é compreendido como um núcleo central de direitos a serem garantidos pelo Estado. Frisamos que aqui são incluídos certos direitos básicos, como saúde, educação, saneamento básico, concessão de assistência social, tutela do meio ambiente e acesso à justiça<sup>259</sup>.

---

<sup>257</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 65 Distrito Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 24 out. 2024. Grifo nosso.

<sup>258</sup> GRINOVER, 2011, p. 132.

<sup>259</sup> *Ibid.*

Diante do descumprimento desse núcleo central de direitos, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas para corrigir seus rumos ou para implementá-las, independentemente da existência de lei ou atuação administrativa<sup>260</sup>. Portanto, o mínimo existencial figura como “um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei”<sup>261</sup>.

Embora a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas possa ocorrer, considerando que os três poderes encontram-se vinculados à realização dos objetivos do Estado e à garantia do mínimo existencial, essa intervenção deve respeitar certos limites, para que garanta a sua legitimidade. Assim, impende ao Poder Judiciário agir com razoabilidade, medida a partir do princípio da proporcionalidade, que preceitua a busca pelo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados<sup>262</sup>.

Em outros termos, caberá ao julgador realizar um juízo de ponderação, de modo a analisar se a medida adotada pelo poder público é adequada aos fins a ela vinculados, bem como se não existiriam meios menos onerosos para atingir tal finalidade, devendo sempre optar pelos meios que imponham menores desvantagens aos cidadãos. E ainda, entendendo que a medida adotada é necessária e adequada, o julgador deverá avaliar se o resultado obtido é proporcional à carga coativa da medida adotada<sup>263</sup>.

Apenas após ser realizado o juízo de ponderação pautado no princípio da proporcionalidade é que o Poder Judiciário ficará autorizado a intervir caso conclua pela ausência de razoabilidade do ato discricionário adotado pelo poder público<sup>264</sup>.

Inobstante, a implementação de políticas públicas esbarra em questões orçamentárias e financeiras, sendo comum que a administração pública invoque a chamada *reserva do possível*, que se refere aos limites materiais para a consecução de interesses, como justificativa para a omissão. Nesse ponto, há que se esclarecer que muitas vezes a distinção entre direitos positivos e negativos leva a crer que os direitos negativos não representariam custos, ou que no mínimo seriam menos

---

<sup>260</sup> GRINOVER, 2011. p. 133.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 133-134.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 134.

custosos do que os direitos positivos, haja vista que bastaria o Estado se abster de restringir ou intervir na esfera privada para garanti-los, ato que não envolveria recursos financeiros<sup>265</sup>.

Entretanto, como sustentam Holmes e Sustain, em verdade, todos os direitos envolvem custos, na medida em que não há direito sem a pretensão de uma resposta afirmativa por parte do Estado. Até mesmo o direito à propriedade necessita de ações afirmativas do Estado para a proteção e garantia do seu pleno exercício<sup>266</sup>.

Nessa linha, os autores mencionam que mesmo direitos que imponham deveres de abstenção por parte do Estado só serão protegidos diante da existência de um órgão supervisor do Estado, geralmente algum tipo de tribunal, que possa frear infrações de direitos por parte das autoridades<sup>267</sup>. Este, inclusive, é o próprio fundamento do sistema de freios e contrapesos, segundo o qual “nenhum sistema jurídico é capaz de defender o povo contra as autoridades sem defendê-lo por meio de outras autoridades”<sup>268</sup>.

Ocorre que, assim como os direitos individuais, os direitos sociais constitucionalmente previstos possuem eficácia. Todavia, é necessário observar que, ao mesmo tempo em que todas as normas constitucionais possuem eficácia, igualmente possuem uma limitação, imposta pela ponderação com valores de mesma natureza ou natureza diversa — o que, no caso dos direitos sociais, é somada a outros elementos, como a previsão orçamentária e a reserva do possível<sup>269</sup>.

Conforme mencionado por Marcos Maselli Gouvêa, a reserva do possível fática se refere ao contingenciamento financeiro a que os direitos prestacionais estão submetidos; já a reserva do possível jurídica se relaciona com o fato de que, “muitas vezes, os recursos financeiros até existem porém não há previsão orçamentária que os destine à consecução daquele interesse, ou licitação que legitime a aquisição de determinado insumo”<sup>270</sup>.

Nesse sentido, em um Estado de recursos limitados, em que todos os direitos implicam em custos, o desafio se encontra justamente na definição de como alocar

---

<sup>265</sup> HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 33.

<sup>266</sup> HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 39-41.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>269</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 10, n. 42, p. 99-104, out./dez. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.21056/aec.v10i42.317>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 101-102.

<sup>270</sup> GOUVÊA, 2011, p. 23.

tais recursos, frequentemente envolvendo escolhas trágicas. Como menciona Érica Pessanha,

[...] atender um determinado direito implica negar outro; direcionar recursos para uma pretensão "X" pode significar deixar de atender a pretensão "Y", que pode ser tão fundamental quanto aquela. A questão da alocação de recursos transforma-se, portanto, como constatado pela doutrina, em escolhas trágicas, em que optar pela realização de uma determinada despesa importa reduzir ou suprimir recursos para uma outra atividade<sup>271</sup>.

A autora ainda destaca que, considerando que todos os direitos implicam em custos, é equivocada a afirmação de que apenas direitos sociais envolvem escolhas trágicas, isentando os direitos da liberdade nesse âmbito como se fossem efetivados mediante mera abstenção<sup>272</sup>.

A prerrogativa de decidir sobre a destinação dos recursos, de acordo com a conveniência e oportunidade, é dos órgãos politicamente investidos — sobretudo do Poder Executivo, conforme disposto no art. 165 da CF, que preceitua competir ao Executivo e ao Legislativo o poder de editar o orçamento<sup>273</sup>.

Entretanto, considerando que existem recursos limitados e direitos que implicam em custos, caberá aos Poderes Públicos alocar tais recursos e editar o orçamento observando as prioridades constitucionalmente impostas<sup>274</sup>. Assim, diante da urgência e da violação do mínimo existencial, não se pode invocar a reserva do possível como justificativa para a não satisfação do direito<sup>275</sup>.

Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe indicam que a reserva do possível pode levar o Poder Judiciário a condenar a administração a duas obrigações: a inclusão da verba necessária para o adimplemento da obrigação no orçamento e a obrigação de aplicar a verba para o cumprimento da obrigação<sup>276</sup>.

Além disso, o juiz ficará responsável pelo controle do cumprimento de sua determinação. Contudo, deverá ser observado pelo julgador um prazo razoável para

---

<sup>271</sup> PESSANHA, Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 8, p. 297-333, jun. 2006. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24792/eficacia\\_direitos\\_sociais\\_prestacionais.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24792/eficacia_direitos_sociais_prestacionais.pdf). Acesso em: 24 out. 2024. p. 314.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 321.

<sup>273</sup> GOUVÊA, 2011, p. 33.

<sup>274</sup> PESSANHA, *op. cit.*, p. 322.

<sup>275</sup> GRINOVER, 2011, p. 139.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 138.

o cumprimento da obrigação, uma vez que será impossível que o administrador implemente uma política pública sem prazo razoável para seu planejamento<sup>277</sup>.

Isto posto, o Poder Judiciário deve obedecer a um modelo de cognição ampliada, que permita o diálogo com a administração pública, a fim de que possa obter do administrador todas as informações necessárias para uma sentença justa e equilibrada, incluindo o exame do orçamento e o planejamento necessário para a implementação da política pública<sup>278</sup>.

Grinover e Watanabe destacam ainda a importância da realização de audiências públicas e da participação do *amicus curiae* nos processos, para que a sentença seja proferida da forma mais equilibrada possível<sup>279</sup>. Assim, não pode o juiz onerar o poder público desconsiderando a observância da reserva do possível, nem mesmo agir sem se atentar ao critério da razoabilidade, sob pena de cometer excessos.

Destarte, os autores destacam que a observância do mínimo existencial como pressuposto à intervenção judicial, dos limites da razoabilidade e da reserva do possível será capaz de frear excessos por parte do Poder Judiciário<sup>280</sup>. Isto posto, diante de omissões do poder público, a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas pode ser importantíssima para a garantia do mínimo existencial, não podendo se considerar ilegítima a atuação do juiz nesses casos, por agir como freio à atividade ilegal da administração.

Guilherme Peña de Moraes, ao analisar o controle judicial de omissões administrativas sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, preceitua que “a teoria da separação de poderes não se afigura como objeção à implementação de direitos sociais”<sup>281</sup>. Assim, o Estado moderno promove uma remodelação do sistema de freios e contrapesos, uma vez que há uma sobreposição das atividades do Estado com a colaboração entre os poderes, na qual o Poder Executivo controla a atuação do Legislativo e o Poder Judiciário controla omissões administrativas<sup>282</sup>.

---

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>278</sup> GRINOVER, 2011.

<sup>279</sup> *Ibid.*

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>281</sup> MORAES, Guilherme Peña de. Controle Judicial das Omissões Da Administração Pública sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo. **Revista do Ministério Público**, n. 39, p. 41-64, jan./mar. 2011. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2671027/Guilherme\\_Pena\\_de\\_Moraes.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2671027/Guilherme_Pena_de_Moraes.pdf). Acesso em: 24 out. 2024. p. 48.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 48.

Na próxima seção, abordaremos a questão da densidade do controle judicial de políticas públicas.

#### 2.3.4.3 Um controle de constitucionalidade limitado pela separação dos poderes

Jorge Reis Novais destaca que no novo quadro constitucional, em que a necessidade de proteger e promover um bem constitucional justifica a afetação de outros bens, a ideia de ponderação de bens e do recurso aos princípios da proporcionalidade, proibição do excesso e proibição da proteção insuficiente invadem o Direito constitucional e, considerando a indeterminação desses conceitos, o espaço de intervenção do Poder Judicial no confronto com outros poderes públicos, cujas omissões deverão ser jurisdicionalmente controladas, ganha novos contornos<sup>283</sup>.

Há que se observar que, a partir do momento em que os poderes públicos de forma geral se encontram vinculados ao imperativo de proceder à otimização da realização dos direitos fundamentais, possuindo responsabilidades idênticas nesse sentido, devem ser observadas as diferenças quanto às competências resultantes da separação dos poderes<sup>284</sup>. Levando isso em consideração, Novais propõe um modelo de ponderação, segundo o qual caberá ao controle de constitucionalidade apurar

(i) se há uma autorização constitucional expressa ou, em alternativa, no silêncio da Constituição, a justificativa invocada para restringir direitos é ou não incompatível com o Estado de Direito, devendo ainda, esta justificação ser suficientemente forte para fazer ceder o direito fundamental; (ii) se a intervenção sob controlo respeitou todos os princípios constitucionais que regulam a afetação desvantajosa dos direitos fundamentais e se a medida de restrição não é excessiva; (iii) se, no caso de direitos positivos, a realização dos direitos fundamentais não ficou aquém dos limites constitucionalmente impostos<sup>285</sup>.

Novais sugere que o procedimento de controle de constitucionalidade observe três fases. Em uma primeira fase, caberia ao intérprete apurar qual o âmbito de proteção do direito fundamental, bem como se há uma restrição ou uma intervenção restritiva do poder público a tal direito, e se este possui caráter absoluto e definitivo. Inexistindo caráter absoluto — característica de apenas alguns direitos —, o intérprete deveria passar para uma segunda fase, em que caberá avaliar a constitucionalidade

---

<sup>283</sup> NOVAIS, 2021, p. 194-195.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 211.



da restrição ou afetação do direito, verificando de forma objetiva qual a justificativa invocada pelo poder público para a restrição. Por fim, na terceira fase caberá avaliar se a justificativa é legítima, e verificar a observância dos princípios estruturantes aplicáveis, como a proporcionalidade<sup>286</sup>.

O autor alerta para o fato de que o apelo da justificativa ao controle de constitucionalidade surge após uma primeira intervenção restritiva, ou a partir de uma omissão do Poder Legislativo ou Executivo, de modo que, ao analisar as justificativas invocadas pelo poder público para a afetação dos direitos fundamentais, o intérprete não deve ultrapassar limites funcionais, sob pena de caracterizar sua atuação como ilegítima<sup>287</sup>.

Nesse ponto reside o debate acerca da calibragem da densidade do controle de constitucionalidade (forte ou fraco) e das capacidades institucionais. Segundo Novais, a densidade do controle será proporcional à gravidade gerada pela lesão a um direito fundamental ou ao risco gerado pela ação ou omissão em causa. Além disso, a densidade do controle será influenciada pela natureza do dever estatal envolvido<sup>288</sup>.

Afinal, o poder público tem o dever de respeitar, proteger e promover direitos fundamentais. O dever de respeitar é condicionado pela reserva de ponderação; ao passo que os deveres de proteção e promoção, conforme mencionado anteriormente, além da reserva de ponderação, também são afetados pela reserva do politicamente oportuno e do financeiramente possível, implicando que o legislador e o administrador possuem uma margem para avaliar a adequação da oportunidade e definir prioridades e ritmos para a realização dos direitos e políticas públicas, prerrogativa que não pode ser invadida deliberadamente pelo juiz<sup>289</sup>.

Nesse sentido, Sustain e Vermeule propõem que a questão acerca da interpretação realizada pelo Poder Judiciário não se restringe à compreensão de “como, em princípio, um texto deve ser interpretado?”, mas se preocupa com “como deveriam certas instituições, com suas capacidades e limitações distintas, interpretar textos?”<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> NOVAIS, 2021, p. 213-222.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 225-226.

<sup>290</sup> SUSTAIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago: The University of Chicago, 2002. (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, n. 156). Disponível

Para os autores as questões acerca da interpretação devem ser observadas a partir da ideia das capacidades institucionais e dos efeitos dinâmicos, ou seja, partindo das condições e limitações das instituições, bem como dos efeitos que uma interpretação pode gerar para atores públicos e privados<sup>291</sup>.

De nada adiantaria analisar as estratégias interpretativas considerando um plano ideal, sem observar os limites e deficiências de cada instituição. Sustain e Vermeule fundamentam essa alegação exemplificando que, se considerarmos que juízes podem decidir com segurança quando a interpretação literal de um texto é absurda, então o argumento para rejeitar o literalismo e defender uma interpretação mais ampliativa seria fortalecido; já se considerarmos que os juízes são altamente falíveis, então a interpretação literal poderia apresentar algumas virtudes<sup>292</sup>.

Nessa linha, as capacidades institucionais seriam as habilidades, recursos, condições e limitações das instituições, que deveriam ser consideradas na definição de estratégias interpretativas. Ocorre que, se comparadas as limitações do Poder Judiciário às de outras instituições, pode se constatar que em determinados casos o Congresso, a Presidência da República ou demais agências reguladoras poderiam dar respostas melhores do que aquelas que os juízes teriam condições de proferir, justificando que em situações que exijam expertise técnica ou a ponderação de variáveis políticas o Poder Judiciário adote uma postura mais autocontida<sup>293</sup>.

Por esse motivo, em determinadas situações pode ser desejável que a Corte não se aprofunde na análise de questões abertas da Constituição, abrindo espaço para posterior deliberação, e proporcionando certa acomodação política<sup>294</sup>. Em outros termos, pode-se dizer que existem situações que deferem à Corte postura mais ou menos contida quanto à interpretação das normas constitucionais.

No que diz respeito aos direitos individuais, por exemplo, uma determinação da Corte ao poder público para sua implementação não representa alto custo, já que o

---

em:

[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics). Acesso em: 24 out. 2024. p. 2.

<sup>291</sup> SUSTAIN; VERMEULE, 2002, p. 2.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>293</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/ea782066-daa3-4974-a26c-e414066dbad1>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 7.

<sup>294</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2022.v2.n1.a147>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 54.

seu cumprimento em geral obriga o Estado a adotar uma postura negativa, uma obrigação de não fazer — o que de certa forma autoriza postura menos contida por parte do Judiciário. Já no que se refere aos direitos sociais, a sua limitação ponderativa deve levar em consideração questões relacionadas à previsão orçamentária e à chamada reserva do possível<sup>295</sup>.

Do mesmo modo, no que se refere às políticas públicas, pode haver alto custo decorrente de uma determinação ampliada por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão pondera que a aplicação dos direitos sociais não pode ser realizada repentinamente: para tanto, é necessária a elaboração de políticas públicas, o que pressupõe um “[...] conjunto de atividades legislativas, administrativas, judiciais, materiais, que ao longo do tempo visem àquela implementação, e isso deve estar previsto no orçamento”<sup>296</sup>.

Logo, a elaboração e a implementação de políticas públicas incumbem o Executivo e, em certo grau, o Legislativo. Contudo, na medida em que existam políticas públicas violadoras de direitos fundamentais, individuais ou sociais, bem como omissões por parte dos poderes públicos, o Poder Judiciário, quando instado para tanto, não poderá se eximir de decidir, em razão do disposto no art. 5, XXXV, da CF<sup>297</sup>.

Ademais, “embora a separação de poderes tenha sido adotada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, não pode ser empregada como justificativa absoluta para impedir a supervisão, correção, implementação e efetivação das políticas públicas pelo Judiciário”, dado que admitir uma rigidez absoluta dessa separação pode comprometer inclusive os princípios constitucionais do Estado<sup>298</sup>. Entretanto, apesar da separação dos poderes não poder ser vista como um óbice ao controle judicial de políticas públicas, é necessário retomar a pergunta central desta seção: como garantir a legitimidade e razoabilidade da intervenção judicial e calibrar a sua densidade?

---

<sup>295</sup> ARAGÃO, 2010, p. 104.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>297</sup> MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Controle judicial de políticas públicas: “controle judicial forte ou fraco”? **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 1, p. 191-215, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i1973>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 198.

<sup>298</sup> SANTOS, Alexander Fabiano Ribeiro. O processo Estrutural como medida de legitimação da intervenção judicial em políticas públicas. **Revista ESMAT**, ano 16, n. 27, p. 15-32, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.29327/270098.16.27-1>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 19-20.

Embora não seja possível nesta dissertação a abordagem do assunto com profundidade, dada a limitação de tempo, traçaremos a seguir um breve panorama do processo estrutural, indicando as suas vantagens no que concerne à intervenção do Poder Judiciário sobre o controle judicial de políticas públicas, de modo a apresentá-lo como uma medida para a intervenção judicial legítima.

De acordo com Sérgio Cruz Arenhart, o Direito processual civil clássico é baseado em uma estrutura bipolarizada de conflito, em que de um lado temos a pretensão de um indivíduo ou grupo, e de outro, a resistência de outro indivíduo ou grupo. Nesse modelo, o juiz fica adstrito a acolher ou rejeitar o pedido no todo ou em parte<sup>299</sup>.

Todavia, essa visão binária de processo pode se demonstrar insuficiente, sobretudo diante de demandas complexas e que envolvem direito público. Nessa linha, Arenhart exemplifica:

Pense-se em uma demanda em que certa pessoa pretende uma cirurgia de emergência junto ao sistema público de saúde. Ao contrário do que se pode imaginar, este (aparentemente) inocente litígio não é apenas entre o seu direito à saúde (ou à vida) e o interesse à tutela do patrimônio público do Estado. Ele embute em seu seio graves questões de política pública, de alocação de recursos públicos e, *ultima ratio*, de determinação do próprio interesse público. Com efeito, o juiz, ao decidir essa demanda, poderá estar, por exemplo, desalojando da prioridade de cirurgias do Poder Público outro paciente quiçá em estado ainda mais grave do que o autor. Poderá também estar retirando recursos – dinheiro, pessoal, tempo etc. – de outra finalidade pública essencial. E sem dúvida, estará, sempre, interferindo na gestão da política de saúde local, talvez sem sequer saber a dimensão de sua decisão<sup>300</sup>.

Diante de demandas complexas, o processo tradicional pode acabar turvando a visão do magistrado, impedindo uma visão completa do problema e, por conseguinte, obstaculizando uma solução adequada do conflito<sup>301</sup>.

Há que se esclarecer que os litígios estruturais possuem algumas características principais, podendo se destacar a complexidade decorrente da multiplicidade de interesses; o fato de o processo estrutural estar relacionado com a implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos juridicamente relevantes; e

<sup>299</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod\\_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf). Acesso em: 24 out. 2024. p. 1-2.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 2-3.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 3.

a noção de que, para permitir a promoção do valor público visado, demonstra-se necessária uma mudança na estrutura de uma instituição pública ou privada, que pode ser protagonista da violação de um direito ou que acaba figurando como um empecilho à promoção de tal direito<sup>302</sup>. Nesse sentido, pode ser positiva a flexibilização dos institutos processuais civis clássicos, viabilizando decisões mais adequadas e eficientes.

Owen Fiss menciona que a reforma estrutural baseia-se na noção de que a nossa vida é afetada pelo funcionamento das organizações e na crença de que a garantia plena dos valores constitucionais só seria possível mediante mudanças básicas na estrutura dessas organizações. Sendo assim, o processo estrutural seria aquele no qual o juiz, enfrentando uma burocracia pendente sobre valores de dimensão constitucional, se compromete a reestruturar a organização para eliminar uma ameaça a tais valores decorrente de dispositivos institucionais<sup>303</sup>.

A partir desse ponto de vista, uma decisão estrutural é pensada para lidar com a burocracia do Estado atual e das instituições típicas da sociedade moderna, visando proteger direitos fundamentais diante dos desafios decorrentes da burocratização das relações públicas e privadas. Logo, seu papel não é apenas eliminar uma conduta ilícita, mas sim alterar a relação burocrática, mudando a forma como as interações sociais ocorrem<sup>304</sup>.

Considerando esse papel, as decisões estruturais muitas vezes têm como característica a imposição de uma ou várias medidas gradativas visando a solução do problema, orientando uma perspectiva futura<sup>305</sup>.

Como dito anteriormente, dada a sua complexidade, o litígio estrutural muitas vezes não permite ao julgador ter uma visão holística do problema, decorrendo de tal fato a necessidade de decisões que ocorram em etapas, na medida em que os contornos do problema vão se delineando — processo denominado por Arenhart de

---

<sup>302</sup> BAMBIRRA, Tamara Brant; BRASIL, Deilton Ribeiro. Direito Fundamental ao Meio Ambiente e o Processo Estrutural como Meio Adequado para sua Tutela. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, v. 7, n. 1, p. 1-19, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9628/2021.v7i1.7567>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 6.

<sup>303</sup> FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/The\\_Forms\\_of\\_Justice.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/The_Forms_of_Justice.pdf). Acesso em: 24 out. 2024. p. 2.

<sup>304</sup> ARENHART, 2013, p. 3.

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 3.

provimento em cascata<sup>306</sup>. O autor destaca, entretanto, que nem todo sistema processual possui condições de aceitar decisões estruturais. Para tanto, é necessário em primeiro lugar adotar uma visão flexibilizada da separação dos poderes, já que uma visão rígida não permitiria a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas. No Brasil, esse requisito se encontra preenchido, haja vista que o STF tem orientação sedimentada quanto à possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas, principalmente com o intuito de garantir direitos sociais<sup>307</sup>.

Além disso, é necessária uma percepção de que as medidas estruturais devem ser empregadas diante da ausência de medidas adequadas que sejam mais simples e menos custosas. Também é vital uma flexibilização do princípio da demanda, que se traduz na necessária correspondência entre o pedido e a sentença, dando maior liberdade ao juiz para adequar a decisão às particularidades do caso<sup>308</sup>.

As decisões judiciais, portanto, devem levar em consideração as peculiaridades e as necessidades do caso e das partes, cabendo ao juiz adequar seu provimento de modo a garantir a viabilidade e sustentabilidade do provimento jurisdicional. Nesse quesito, impende observar que

Decisões contra o Poder Público, por exemplo, exigirão a ponderação sobre a efetiva condição da Administração Pública em realizar o comando judicial, em que tempo e de que modo. Provimentos que imponham fardo muito grande a réu particular, em geral, deverão atentar para as consequências do cumprimento, que podem levar à falência de uma empresa, à sua exclusão do mercado ou mesmo à inviabilidade concreta do atendimento à determinação judicial<sup>309</sup>.

Ainda, Arenhart destaca que a flexibilização do princípio da demanda é imperiosa diante dos litígios estruturais, em função da fluidez e mutabilidade desses conflitos, o que impende ao autor antecipar em sua petição inicial todas as necessidades de proteção ao direito em questão<sup>310</sup>.

Devemos notar que, muito embora se admita uma flexibilização do princípio da demanda, isso não significa que não devam ser observados limites para a intervenção judicial:

---

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>307</sup> ARENHART, 2013, p. 4.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>310</sup> *Ibid.*

Não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida. Todavia, dentro dos limites desse campo de proteção, deve-se tolerar maior amplitude para a atividade judicial, o que implicará, muitas vezes, extrapolar os limites do pedido expressamente posto pelo autor da demanda<sup>311</sup>.

Logo, diante da complexidade da causa, deve haver uma ampla margem para gestão da decisão judicial, a fim de compatibilizá-la com as necessidades do caso e as possibilidades das partes envolvidas, podendo implicar na tentativa de diversas soluções para o problema, até que, a partir de erros e acertos, se encontre a melhor delas<sup>312</sup>.

Desse modo, em sua decisão, o julgador pode optar por ditar à administração pública o resultado a ser alcançado, sem invadir a margem de discricionariedade do poder público, permitindo que a administração eleja os meios para alcançá-lo, ou então pode desde logo fixar um cronograma de ações a serem tomadas<sup>313</sup>.

Nesse ponto, para a intervenção em políticas públicas, indo de encontro ao argumento das capacidades institucionais já exposto nesta seção, deve-se observar as limitações de cada instituição, para assegurar uma intervenção judicial legítima. Afinal, a especialização de certos órgãos da administração pública pode torná-los ambientes mais apropriados do que o órgão jurisdicional para a definição das prestações específicas a serem realizadas, ou para avaliar a aptidão das medidas adotadas para a proteção do direito tutelado<sup>314</sup>.

Assim, a partir do exposto, é certo que o juiz deve ter maior margem para indicar as providências a serem tomadas na solução de conflitos estruturais. Essa atuação, entretanto, deve ser limitada, sendo essencial para tanto o cuidado com a justificação da decisão judicial, haja vista que só será possível aferir se a atuação do Poder Estatal se deu de forma razoável, proporcional e legítima a partir da justificação invocada<sup>315</sup>.

Ainda, para garantir que a decisão judicial não ultrapasse limites e seja adequada à solução do conflito, é importante que ocorra a colaboração das partes e daqueles que serão, de modo mais amplo, atingidos pela decisão, assegurando um

---

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>312</sup> ARENHART, 2013.

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> *Ibid.*

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 7.

diálogo contínuo, a fim de oferecer ao juiz uma visão mais abrangente do problema, culminando, conseqüentemente, em uma decisão judicial mais adequada. Dessa maneira, as práticas de participação no processo, tal como audiências públicas e *amicus curiae*, devem ser incentivadas no âmbito da tutela coletiva<sup>316</sup>.

Dito isto, denota-se que uma forma de garantir legitimidade e o respeito da separação dos poderes seria a flexibilização dos mecanismos processuais tradicionais diante de demandas complexas, permitindo assim não só uma maior latitude da atuação judicial, como também um diálogo mais ampliado entre o Poder Judiciário, as partes interessadas e os atingidos pela decisão.

Sem prejuízo, no tocante à densidade da intervenção, podemos destacar as contribuições de Rosana Helena Maas e Mônica Clarissa Henning Leal, que partem da ideia de controle forte e fraco para tentar fornecer parâmetros para essa calibragem. Segundo as autoras, o controle de constitucionalidade seria fraco quando, ao decidir, o Poder Judiciário apenas declara direito existente, sem estabelecer medidas a serem cumpridas, nem limitar o tempo para cumprimento; por outro lado, o controle seria forte quando a revisão judicial impõe uma tarefa aos poderes públicos para a efetivação de direitos<sup>317</sup>.

Assim, Maas e Leal mencionam que mesmo os direitos sociais possuem uma dimensão positiva e uma dimensão negativa: a primeira se refere à imposição de prestações, já a segunda se relaciona com o direito de defesa. Sendo assim, as autoras sugerem que quando a questão *sub judice* envolver direitos sociais e prestações positivas, o controle judicial mais apropriado seria o controle fraco, para se evitar que a intervenção judicial crie maiores inquietudes do que capacidade de resposta a esses direitos; já no tocante às prestações negativas, o controle poderá ser forte<sup>318</sup>.

Contudo, ainda que se esteja diante de prestações positivas, o controle forte poderia ser justificado para as hipóteses de ineficácia e omissão de políticas públicas pelos demais poderes, visando a garantia do mínimo existencial. Ou seja, diante da atuação fraca do Poder Legislativo ou Executivo, se justificaria uma atuação forte da jurisdição<sup>319</sup>. Pode-se dizer, então, que o controle judicial de políticas públicas e

---

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> MAAS; LEAL, 2019, p. 202-203.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 104-105.



direitos sociais se justifica diante da omissão ou da sua prestação insuficiente por parte do poder público. Entretanto, para que não ocorra uma interferência ilegítima e um desrespeito da separação dos poderes, é preciso calibrar a intensidade do controle judicial.

A densidade do controle judicial dependerá da natureza do direito em questão: se tratando de direito que exija prestações positivas do Estado, em regra, o controle judicial deveria se restringir a declarar o direito sem a imposição de determinações a serem cumpridas, a fim de evitar que o Judiciário avance limites das divisões funcionais. Contudo, diante de uma atuação fraca por parte dos órgãos que, a princípio, seriam responsáveis pela promoção e proteção de tais direitos, poderá o Poder Judiciário exercer o controle forte a fim de assegurar direitos fundamentais e proteger as minorias, cumprindo assim o seu papel contramajoritário.

### 3. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À COVID-19

Após a analisar no primeiro capítulo o direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro e os instrumentos disponíveis ao Poder Executivo Federal para a coordenação do enfrentamento da crise de saúde pública, bem como já tendo sido explorada no capítulo 2 a questão envolvendo o controle de constitucionalidade e a dificuldade contramajoritária, passaremos agora à análise desses aspectos no caso da ADPF nº 672, a fim de que se possa aferir se a atuação do Supremo Tribunal Federal foi legítima do ponto de vista democrático.

#### 3.1 Estudo de caso ADPF nº 672

Conforme mencionado em nossa descrição do caso, a ADPF nº 672 foi intentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra ações e omissões praticadas pelo Poder Público Federal na coordenação de políticas públicas nas áreas da saúde e da economia de enfrentamento da crise decorrente da pandemia do novo coronavírus.

Na ação, de um lado o órgão arguente reivindicava a intervenção do Poder Judiciário, sob o argumento de que o Governo Federal não estaria utilizando adequadamente as prerrogativas que detém para enfrentar emergências de saúde pública, apresentando atuação considerada insuficiente e precária. Além disso, o Conselho da Ordem defendia que a atuação do Executivo Federal na promoção de medidas econômicas para a manutenção de emprego e renda também se provava aquém do necessário para prestar socorro aos diversos setores da economia, bem como aos grupos vulnerabilizados — sobretudo os trabalhadores informais e a população de baixa renda<sup>320</sup>.

De outro lado, a AGU argumentava que o Presidente e o Governo Federal estariam tomando diversas medidas para enfrentar a pandemia, inexistindo omissões ou ações visando atrapalhar a atuação dos demais entes da federação no combate da crise de saúde. Além disso, mencionou que a intervenção judicial na condução de políticas públicas somente estaria autorizada de forma excepcional, diante de

---

<sup>320</sup> MAAS; LEAL, 2019.

omissões; caso contrário, configuraria violação do princípio da separação dos poderes<sup>321</sup>.

É importante mencionar que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requeria que fosse concedida medida cautelar determinando que o Presidente se abstinhasse da prática de atos contrários às políticas de isolamento social adotadas pelos estados e municípios, e que procedesse à implementação imediata de medidas econômicas de apoio aos setores mais atingidos pela crise<sup>322</sup>.

Ocorre que, como visto nos capítulos anteriores, o Poder Executivo é o órgão competente para a elaboração de políticas públicas, detendo melhores condições para avaliar variáveis políticas, como orçamento, conveniência e oportunidade. Todavia, se justifica o controle judicial diante de omissões administrativas, para garantir o mínimo existencial, de modo a assegurar direitos fundamentais e defender grupos vulnerabilizados.

Assim, é necessário aferir se no caso concreto existiam condições autorizadoras à intervenção judicial. Ou seja, se de fato houve omissão por parte do Poder Executivo no enfrentamento da pandemia, a ponto de justificar o controle judicial. Em seguida, será possível aferir se os limites funcionais foram respeitados pelo Poder Judiciário, garantindo uma atuação legítima sob o ponto de vista democrático, ou se seria necessária uma postura mais autocontida por parte da Corte.

### 3.1.1 A omissão do Poder Executivo Federal na coordenação de políticas públicas de enfrentamento da pandemia

Uma das grandes dificuldades no que se refere ao SUS sempre foi a desigualdade no acesso aos serviços de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar (MAC). Desse modo, em uma pandemia em que as demandas por leitos de Unidade de Terapia Intensiva e respiradores subiam exponencialmente, as desigualdades no acesso aos serviços se tornaram ainda mais evidentes<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> MAAS; LEAL, 2019.

<sup>322</sup> VIEIRA; SERVO, 2020, p. 105.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 107.

Ademais, mesmo nas localidades em que a oferta de serviços à saúde era maior, o acesso a tais serviços se apresenta de forma desigual entre os grupos da população mais vulneráveis e os que possuem renda mais alta<sup>324</sup>.

Dessa forma, para que o sistema de saúde pudesse se organizar e não colapsar, diversos países do mundo passaram a adotar medidas de distanciamento social, a fim de reduzir os espaços de contato e contágio pelo novo coronavírus<sup>325</sup>. Entre as medidas empregadas ao redor do mundo para conter a propagação do vírus, destacaram-se o isolamento de casos; o estímulo à higienização das mãos; o uso de máscaras; e medidas progressivas de distanciamento social, levando ao fechamento de escolas e universidades, à proibição de eventos massivos e de aglomerações, à proibição de viagens e circulação de transportes públicos, e à conscientização da população para que se mantivessem em casa, estando proibida a circulação nas ruas<sup>326</sup>.

A rápida detecção e o isolamento demonstraram ser medidas elementares para a redução de mortes. Em pesquisa realizada em 2020 por Aquino e colaboradores, mediante análise de diversos estudos nacionais e internacionais sobre o efeito do distanciamento social no enfrentamento da COVID-19, foi constatado que

Os achados sugerem que o distanciamento social adotado por população é efetivo, especialmente quando combinado ao isolamento de casos e à quarentena dos contatos. Recomenda-se a implementação de medidas de distanciamento social e de políticas de proteção social para garantir a sustentabilidade dessas medidas<sup>327</sup>.

Neste ponto, cumpre esclarecer a diferença entre o isolamento vertical e o isolamento horizontal. No isolamento vertical, apenas membros do grupo de risco, formado por idosos e pessoas com comorbidades, ficam em casa; já no isolamento horizontal, todos devem permanecer em casa<sup>328</sup>.

---

<sup>324</sup> VIEIRA; SERVO, 2020, p. 107-108.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>326</sup> AQUINO, Estela M. L. *et al.* Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, supl. 1, p. 2423-2446, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10502020>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 2424.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 2423.

<sup>328</sup> FIOCRUZ. Qual a diferença entre isolamento vertical, horizontal e lockdown? **Fundação Oswaldo Cruz**, 1 jul. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/qual-diferenca-entre-isolamento-vertical-horizontal-e-lockdown>. Acesso em: 24 out. 2024.

Durante a pandemia de COVID-19, a OMS defendia a adoção do isolamento horizontal, posto que no caso do isolamento vertical jovens saudáveis poderiam circular, contrair a doença e transmitir para os mais vulneráveis, aumentando as taxas de contágio<sup>329</sup>. Em pronunciamento oficial em 30 de março de 2020, Michael Ryan, especialista da OMS, destacou que as restrições à circulação de pessoas seriam a única forma de conter a propagação do vírus. Na ocasião, o chefe da OMS, Thedros Adhanom, também salientou que, ao implementar as medidas de isolamento, os governos deveriam garantir o bem-estar das pessoas que estariam perdendo renda, comida, saneamento básico e outros serviços essenciais<sup>330</sup>.

A despeito das recomendações da OMS e das evidências científicas a respeito dos efeitos positivos do isolamento, o Governo Federal optou por se abster da implementação de uma medida nacional de distanciamento social, relegando aos estados e municípios o papel de definir as medidas a serem adotadas em âmbito local<sup>331</sup>.

O problema da ausência de coordenação no que se refere à adoção de medidas para frear a transmissão da COVID-19 reside no fato de que, sem um alinhamento, as medidas definidas por uma localidade poderiam comprometer os esforços empregados por outra. Nesse sentido, Moraes assevera que, “caso um município tenha medidas menos restritivas do que outros, por exemplo, ele poderia provocar um aumento na contaminação de pessoas e no número de atendimentos médicos necessários em municípios vizinhos”<sup>332</sup>.

Ademais, o Governo Federal, na figura do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, adotou postura negacionista frente à pandemia, minimizando os impactos da COVID-19, referindo-se à doença em mais de uma ocasião ora como “gripezinha”, ora como um “resfriadinho”, implicando um desestímulo da adesão por parte da população às medidas locais de distanciamento e contenção da COVID-

---

<sup>329</sup> FIOCRUZ, 2020.

<sup>330</sup> JORNAL NACIONAL. OMS reforça que medidas de isolamento social são a melhor alternativa contra o coronavírus. **G1**, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/03/30/oms-reforca-que-medidas-de-isolamento-social-sao-a-melhor-alternativa-contr-o-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>331</sup> MORAES, Rodrigo Fracalossi de. **Medidas legais de incentivo ao distanciamento social: comparação das políticas e governos estaduais e prefeituras das capitais no Brasil**. [S. l.]: Ipea, 2020. (Nota Técnica Dinte, n. 16). Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9857>. Acesso em: 24 out. 2024. p. 20.

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 7.

19<sup>333</sup>. Bolsonaro chegou a imitar pacientes com falta de ar, sintoma comum de COVID-19 antes do surgimento das vacinas, em duas transmissões ao vivo realizadas em 2021<sup>334</sup>.

Não obstante, o Presidente ainda defendeu veementemente a utilização de medicamentos como a cloroquina, hidroxicloroquina e ivermectina para tratamento e prevenção da doença, muito embora não existissem evidências científicas de sua eficácia<sup>335</sup>. Frisamos, a esse respeito, que estudo global liderado pela OMS, com mais de 30 países, comprovou a ineficácia do uso de hidroxicloroquina no tratamento da COVID<sup>336</sup>.

Somando à crise sanitária que já se revelava no país, ainda se instaurou uma crise política ante a dissonância entre a postura do Governo Federal e dos governos locais no combate à pandemia, bem como desentendimentos entre o Presidente e Ministros da Saúde, que culminaram na grande alternância do cargo. Ao todo, foram quatro Ministros da Saúde durante o período de pandemia: Luiz Henrique Mandetta, Nelson Teich, Eduardo Pazuello e Marcelo Queiroga.

Luiz Henrique Mandetta e Nelson Teich, os dois primeiros ministros da gestão Bolsonaro, deixaram o cargo por discordarem da maneira com que o presidente queria atuar na pandemia. Já Pazuello foi substituído não por vontade de Bolsonaro, mas por pressão de parlamentares do centrão, segundo apurado pelo UOL<sup>337</sup>.

Outrossim, o Presidente da República e seus apoiadores sustentavam a adoção de medidas administrativas de distanciamento mais brandas, sob o argumento

---

<sup>333</sup> BBC NEWS BRASIL. 2 momentos em que Bolsonaro chamou covid-19 de 'gripezinha', o que agora nega. **BBC News Brasil**, 27 nov. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55107536>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>334</sup> G1. Bolsonaro imitou paciente com falta de ar durante transmissões ao vivo na internet em 2021. **G1**, 22 ago. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/08/22/bolsonaro-imitou-paciente-com-falta-de-ar-durante-transmissoes-ao-vivo-na-internet-em-2021.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>335</sup> ABECH, Thiago. Bolsonaro defende hidroxicloroquina e ivermectina após críticas na CPI. **CNN Brasil**, 7 maio 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-defende-hidroxicloroquina-e-ivermectina-apos-criticas-na-cpi/>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>336</sup> G1. Estudo liberado pela OMS em mais de 30 país afirma ineficácia de 4 medicamentos conta a Covid-19. **G1**, 15 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/10/15/estudo-liderado-pela-oms-em-mais-de-30-paises-afirma-ineficacia-de-4-antivirais-contra-a-covid-19.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>337</sup> MOTTA, Anais. Mandetta, Teich, Pazuello e Queiroga: os 4 ministros da Saúde da pandemia. **UOL**, [15 mar. 2021]. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/15/mandetta-teich-pazuello-e-queiroga-os-4-ministros-da-saude-da-pandemia.htm>. Acesso em: 24 out. 2024.

de que seria necessária a proteção da economia, enquanto boa parte dos governadores e prefeitos defendiam que a escolha pelas medidas de distanciamento social e sua intensidade deveriam observar as particularidades regionais e locais no que se refere à gravidade, efeitos e taxa de letalidade da pandemia<sup>338</sup>. Bolsonaro chegou a atribuir a culpa pelo aumento da fome no país à adoção de medidas restritivas por parte dos governadores durante a pandemia, acirrando as tensões entre os entes da federação e elevando o debate para o âmbito político<sup>339</sup>.

Servo e Vieira ressaltam que a ausência de coordenação por parte do Governo Federal na resposta à pandemia não se deu pela perda da capacidade de coordenar os esforços do SUS, mas, sim, pela fragilização deliberada dos mecanismos de coordenação federativa, a exemplo da concessão de importância secundária ao Ministério da Saúde no enfrentamento da crise<sup>340</sup>.

Nesse sentido, retomaremos os três principais mecanismos de coordenação disponíveis à União, mencionados no capítulo 1 desta pesquisa: (i) regras legais de compartilhamento de competências no campo das políticas públicas; (ii) fóruns com participação dos entes ou nos quais haja representação de seus interesses, destacando-se as comissões intergestores; (iii) mecanismos de indução das políticas por parte do Governo Federal<sup>341</sup>.

Conforme aludido no primeiro capítulo do trabalho, apesar de a literatura apontar certas dificuldades para que o governo central implemente políticas públicas de seu interesse em federações em que haja ampla descentralização e pontos de veto, o caso brasileiro representa um verdadeiro contraponto a essa tese, tendo em vista que a centralização de recursos administrativos e fiscais na União, bem como a existência de competência legislativa abrangente, possibilitam que o governo central coordene políticas públicas de saúde<sup>342</sup>.

Destacamos que, tradicionalmente, o Governo Federal cumpriu papel estratégico na implementação de políticas e programas de saúde no Brasil, mediante edição de portarias pelo Ministério da Saúde; transferência de recursos fundo a fundo;

---

<sup>338</sup> GOMES; CARVALHO, 2020, p. 203.

<sup>339</sup> MAIA, Gustavo. Bolsonaro culpa governadores pelos 33 milhões de brasileiros com fome. **VEJA**, 13 jun. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/radar/bolsonaro-culpa-governadores-pelos-33-milhoes-de-brasileiros-com-fome>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>340</sup> VIEIRA; SERVO, 2020, p. 109.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 103.

e transferências vinculadas à adoção de programas específicos<sup>343</sup>. Entretanto, durante a pandemia, tal como apontado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ADPF nº 672, o Governo Federal não utilizou adequadamente suas prerrogativas para o enfrentamento da crise.

Nesse sentido, Vieira e Servo destacam que, no início da pandemia, o Ministério da Saúde realizou ações, com destaque para a área de vigilância em saúde, mediante a declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional, a criação de grupo executivo interministerial, e a publicação de editais para aquisição de equipamentos de proteção individual (EPI) e boletins epidemiológicos. No entanto, as sucessivas divergências entre o Presidente e o Ministério da Saúde geraram impasses e atrasaram a aplicação de recursos federais em ações de enfrentamento da pandemia. As autoras pontuam, ainda, com relação ao repasse de recursos, que mesmo os recursos extraordinários somados ao orçamento do Ministério da Saúde — que poderiam ser transferidos para os entes subnacionais, ou seja, aos municípios e estados — teriam apresentado baixa execução<sup>344</sup>.

O CFOAB exemplifica a divergência entre o Presidente e o Ministério da Saúde em certas ações como a atitude do Presidente de anunciar por meio da Secretaria de Comunicação (SECOM) uma peça publicitária com o título *O Brasil Não Pode Parar*, defendendo o isolamento vertical, contrariamente às orientações daquele órgão; além da realização de um passeio de domingo pelo comércio de Brasília, mesmo diante de orientação do Ministério da Saúde para que os cidadãos ficassem em casa<sup>345</sup>.

Há que se ressaltar também a politização do debate e do tensionamento entre os poderes, diante da participação do então Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, em atos antidemocráticos contra o Supremo Tribunal Federal e contra o Congresso Nacional em março de 2020, a despeito das orientações do Ministério da Saúde e da OMS para que o isolamento fosse mantido<sup>346</sup>.

Além disso, outra evidência da utilização inadequada dos meios disponíveis para a coordenação da crise por parte do Governo Federal é o enfraquecimento da

---

<sup>343</sup> VIEIRA; SERVO, 2020, p. 104-105.

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 106-107.

<sup>345</sup> *Ibid.*

<sup>346</sup> BENITES, Afonso; BETIM, Felipe. Bolsonaro rompe isolamento e vai a atos contra o congresso em meio à crise do Coronavírus. **EL PAÍS Brasil**, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-03-15/bolsonaro-rompe-isolamento-e-endossa-atos-contra-congresso-em-meio-a-crise-do-coronavirus.html>. Acesso em: 24 out. 2024.



prática de ouvir os estados e municípios nas instâncias de representação e participação na elaboração de normas<sup>347</sup>. Na contramão de uma atuação colaborativa, o Presidente desautorizava os governantes dos estados e do Distrito Federal a combater a pandemia, prejudicando a articulação de estratégias nacionais<sup>348</sup>.

Nesse sentido, Abruccio *et al.* mencionam que a base da descoordenação da política de saúde vivenciada no âmbito da pandemia de COVID-19 se encontra na visão paradoxal de federalismo adotada pelo Governo Federal, que ao mesmo tempo em que defende maior autonomia aos governos subnacionais e uma redução das responsabilidades ao Governo Federal quanto às políticas públicas, enfraquece a participação dos estados e municípios na deliberação e controle das decisões tomadas em Brasília<sup>349</sup>.

No caso da ADPF nº 672, o órgão arguente inclusive destacava a violação do pacto federativo, haja vista que enquanto a Lei da Quarentena (Lei nº 13.979/20) concedia aos gestores locais a competência para adotarem medidas sanitárias restritivas, o Presidente da República agia de forma contrária, desestabilizando os entes subnacionais e ameaçando a saúde pública — razão pela qual foi requerido que o Supremo exigisse do Presidente a abstenção de praticar atos contrários às políticas de isolamento social adotadas pelos estados e municípios<sup>350</sup>.

Assim, as ações do Presidente se colocavam em oposição a evidências científicas, na contramão das próprias orientações do Ministério da Saúde e das iniciativas dos entes subnacionais para enfrentamento da crise, evidenciando uma fragilização dos instrumentos de coordenação federativa em momento de crise de saúde pública.

O Conselho da Ordem ainda dispunha que havia uma letargia por parte do Governo Federal na implementação de medidas para a garantia do emprego e da renda<sup>351</sup>. Desse modo, ante a ausência de resposta suficiente à crise de saúde pública, se justifica a intervenção do Poder Judiciário, conforme será exposto a seguir.

---

<sup>347</sup> VIEIRA; SERVO, 2020, p. 107.

<sup>348</sup> BRASIL, 2020d.

<sup>349</sup> ABRUCIO, Fernando Luiz *et al.* Mais Brasil, Menos Brasília: o sentido do federalismo bolsonarista e seu impacto no combate à Covid 19. **Estadão**, 12 abr. 2020. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/gestao-politica-e-sociedade/mais-brasil-menos-brasil-o-sentido-do-federalismo-bolsonarista-e-seu-impacto-no-combate-a-covid-19/>. Acesso em: 24 out. 2024.

<sup>350</sup> BRASIL, *op. cit.*

<sup>351</sup> *Ibid.*

### 3.1.2 Da legitimidade do controle judicial no caso da ADPF nº 672

No Brasil, a Constituição Federal prevê a possibilidade do controle de constitucionalidade ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, ainda que exista previsão quanto à possibilidade do controle, como apontado no terceiro capítulo desta pesquisa, a dificuldade contramajoritária não pode ser ignorada, devendo ser levada em conta na aferição da densidade da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, a fim de que não haja ofensa à separação dos poderes.

Além disso, devem ser respeitados os limites da razoabilidade e da observância da reserva do possível, para que o controle judicial de políticas públicas não se configure como abusivo. No caso em tela, a atuação do Poder Judiciário se justifica ante a relevância material do direito fundamental em jogo e a omissão por parte do Poder Executivo Federal.

Como destacado, o caso em questão gira em torno da análise da violação dos preceitos fundamentais da saúde (art. 196, §6, *caput*, da CF), do direito à vida (art. 5, *caput*, da CF), da inobservância do princípio federativo (art. 1, *caput*, da CF) e das competências concorrentes dos entes da federação em matéria de saúde (arts. 23, II, e 24, XII, da CF), bem como da separação e harmonia entre os poderes (art. 2, da CF).

Vale observar que o direito à saúde possui extrema relevância sob o ponto de vista material, fazendo parte do mínimo existencial e representando um direito básico a ser protegido e promovido pelo Poder Executivo. Em decisão monocrática proferida na ADPF nº 672, o Ministro Relator Alexandre de Moraes aduz que

O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde<sup>352</sup>.

Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento prelecionam que um controle judicial rigoroso é justificado pela proteção dos direitos das minorias, bem como diante de omissões estatais que importem na não concretização de direitos fundamentais, visto que “os direitos fundamentais devem prevalecer, como ‘trunfos’,

---

<sup>352</sup> BRASIL, 2020d.

sobre a vontade ou apatia das maiorias, pois expressam exigências morais que se impõem à política”<sup>353</sup>.

É notável que, conforme indica Jorge Reis Novais, os direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria são suscetíveis de cedência perante outros direitos fundamentais para prosseguir à realização de um outro bem igualmente digno de proteção jurídica. Todavia, a limitação somente será admissível diante da constitucionalidade da justificação invocada ou invocável pelo poder público<sup>354</sup>.

Ocorre que, ainda que a liberdade de ir e vir e a livre iniciativa possuam caráter fundamental (art. 5, incisos XIII e XV, da CF), a justificativa invocada pelo Presidente para a defesa do isolamento vertical não seria admissível. Afinal, evidências científicas apontavam para o isolamento horizontal como melhor forma de conter o avanço do contágio e o achatamento da curva, a fim de que o sistema de saúde não colapsasse, de modo que, diante da ameaça à vida e à saúde, a limitação da liberdade de ir e vir e da livre iniciativa se impõem, havendo justificação constitucional para tanto.

Sublinhamos, ainda, que o direito à saúde é um direito social previsto no art. 6 da CF. Além disso, de acordo com o art. 196 da CF, a saúde é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido mediante a realização de políticas públicas sociais e econômicas. Logo, enquanto direito social, o direito à saúde possui eficácia imediata, nos moldes do art. 5, §1, da CF.

Há que se observar que nem mesmo o caráter programático de normas de direitos sociais prestacionais pode comprometer a eficácia de tais direitos. Nesse sentido, Marcos Maselli Gouvea dispõe que o art. 196 da CF tradicionalmente seria um dispositivo considerado programático, uma vez que, apesar de conceituar a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, o faz de forma genérica, de modo que podem ser apontadas inúmeras medidas para a melhoria das condições de saúde da população. De tal fato decorreria a necessidade de se precisar quais medidas poderiam ser exigidas judicialmente<sup>355</sup>.

Dado o aspecto genérico da norma, um grupo de cidadãos poderia sustentar que a ação do Estado na área da saúde deveria ser máxima, incumbindo-lhe o fornecimento de tudo que, ainda que remotamente, pudesse satisfazer tal interesse, ou mesmo defender que caberia ao Estado o fornecimento de vacinas de última

---

<sup>353</sup> SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 105.

<sup>354</sup> NOVAIS, 2021, p. 220-221.

<sup>355</sup> GOUVÊA, 2011, p. 10.

geração com eficácia não comprovada e tratamentos baseados em medicina alternativa<sup>356</sup>.

Entretanto, defender que a falta de esclarecimento específico de tais e quais medidas para a garantia da saúde devem ser oferecidas pelo Estado justificaria o reconhecimento de um dever da administração pública de promover todos os reclamos referentes à saúde em grau máximo seria, no mínimo, desarrazoado e irreal, sobretudo considerando o dever do Estado de promover acesso igualitário e universal à saúde, bem como a limitação de recursos existente<sup>357</sup>.

Nessa linha, Gouvêa defende que seria necessária uma interpretação calcada na máxima efetividade, ou seja, embora não seja possível pleitear uma determinada prestação estatal, seria possível exigir que o Estado elabore política pública de redução de risco de doenças e garantia de acesso universal e igualitário à promoção, proteção e recuperação da saúde<sup>358</sup>. Assim, o autor sustenta que,

Muito embora não se possa obrigar o Estado a realizar uma prestação precisa, específica, é possível exigir que ele possua alguma política de combate à epidemia, e que seja uma política dotada de algum grau de eficácia. Este grau mínimo de eficácia será definido através de um juízo de razoabilidade, em que a comunidade jurídica procurará incorporar os valores compartilhados pela média da sociedade. Tais valores, por sua vez, encontram-se condicionados pelo nível de condições materiais, participação política e avanço tecnológico da sociedade em questão<sup>359</sup>.

Logo, é razoável exigir que o Estado assegure uma medida eficaz para a garantia da saúde. Dessa maneira, preceitua Canotilho que

O Estado, os Poderes Públicos, o legislador, estão vinculados a proteger o direito à vida, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo um meio (ou diversos meios) que tornem efectivo este direito, e no caso de só existir um meio de dar efectividade prática, devem escolher precisamente este meio<sup>360</sup>.

Trazendo tais contribuições para o caso em análise, denota-se a omissão cometida pelo Poder Executivo Federal no combate da pandemia, na medida em que

---

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>360</sup> CANOTILHO, 1988, p. 34 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 325-326.

defendia a adoção de meios de enfrentamento desprovidos de eficácia comprovada, na contramão das orientações da comunidade científica.

Logo, ante a omissão do Governo Federal, colocando em risco o mínimo existencial — sobretudo a vida e a saúde —, evidencia-se no caso concreto a existência de pressuposto autorizador à atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas durante a pandemia, a fim de compatibilizá-las aos objetivos fundamentais da República insculpidos no art. 3 da CF.

Ademais, também ficaram evidentes violações aos preceitos fundamentais da separação dos poderes e do federalismo, dado que o Presidente da República, ao invés de buscar coordenar de forma harmônica o enfrentamento da pandemia, passou a desestabilizar o cenário político, se opondo às medidas adotadas pelos demais entes da federação, além de ter incentivado e participado de atos que objetivavam atacar o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional.

Nesse ponto, inclusive, o Ministro Alexandre de Moraes ressalta em sua decisão que,

Lamentavelmente, contudo, na condução da crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato notório a grave divergência de posicionamento entre autoridades em níveis federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade<sup>361</sup>.

Logo, conforme disposto no capítulo anterior, a intervenção do Poder Judiciário nesse caso não fere a separação dos poderes; ao contrário, representa seu próprio fundamento na medida em que um poder deve atuar para frear atos abusivos de outro poder.

No que se refere aos limites da razoabilidade e da observância da reserva do possível, a serem considerados pelo Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas, estes foram respeitados no julgamento da ADPF nº 672.

O Supremo Tribunal Federal proferiu a decisão de modo a garantir que a interpretação da Lei nº 13.979/20 fosse realizada à luz do princípio da separação dos poderes e do federalismo, afastando desnecessários conflitos federativos que só iriam ampliar a crise de saúde pública no Brasil. Tendo determinado que o Presidente se abstivesse da prática de atos que desrespeitassem determinações de governadores

---

<sup>361</sup> BRASIL, 2020d.

e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e regras de aglomeração<sup>362</sup>, a Corte adota postura mais autocontida no que se refere à determinação para a implementação de medidas de garantia do emprego e da renda.

Nesse ponto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil argumentava que, embora tivessem sido tomadas medidas para minimizar os efeitos econômicos da crise — antecipação de 13º salário de pensionistas e aposentados, redução temporária de impostos para empresas, ampliação do Bolsa Família, destinação de recursos para o Ministério da Saúde e transferências para os estados e municípios —, estas seriam deficitárias<sup>363</sup>.

Outrossim, o CFOAB aponta que o governo acertou, mesmo que de forma tardia, na implementação do auxílio emergencial aos trabalhadores autônomos, informais, desempregados e microempreendedores individuais (MEI)<sup>364</sup>. Dessa maneira, o órgão arguente sustentava que as medidas adotadas seriam insuficientes e tardias.

Quanto ao controle de políticas públicas, ainda que a garantia do mínimo existencial pudesse justificar um controle forte por parte do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal optou por uma postura mais autocontida, entendendo que as medidas tomadas pelo Governo Federal no âmbito econômico se encontravam alinhadas com a Constituição, não havendo justificativa para a interferência do Poder Judiciário no poder discricionário do poder público nessa seara.

Assim, o Ministro Alexandre de Moraes dispôs:

**Ressalte-se, entretanto, que o caráter discricionário das medidas realizadas pelo Presidente da República, bem como de suas eventuais omissões, é passível de controle jurisdicional, pois está vinculado ao império constitucional, exigindo a obediência das autoridades ao Direito, e, em especial, ao respeito e efetividade aos direitos fundamentais. Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em**

---

<sup>362</sup> BRASIL, 2020d.

<sup>363</sup> *Ibid.*

<sup>364</sup> *Ibid.*

**causa de decisões desprovidas de justificação fática e, consequentemente, arbitrárias<sup>365</sup>.**

Nesse quesito, o Supremo entendeu não haver postura desarrazoada por parte do Governo Federal que justificasse a intervenção judicial. Em outras palavras, a Corte entendeu que, no que se refere às medidas econômicas, não havia inexatidão no exercício da discricionariedade por parte do Poder Executivo Federal que justificasse que o Poder Judiciário substituísse o seu juízo de conveniência e oportunidade.

---

<sup>365</sup> BRASIL, 2020d, grifo nosso.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, objetivou-se analisar o controle judicial de políticas públicas e seus limites no contexto da pandemia de COVID-19. Assim, optamos pela adoção do método de estudo de caso, dado o caráter exploratório da pesquisa, que se centrou nos seguintes questionamentos: quais os limites da intervenção judicial em questões adjacentes à política? O Supremo Tribunal Federal ultrapassou esses limites no controle judicial de políticas públicas de saúde durante a pandemia de COVID-19?

O método do estudo de caso demonstrou ser uma ferramenta adequada por permitir a exploração do tema e aprofundamento das questões envolvendo o controle de constitucionalidade e a dificuldade contramajoritária. O caso da ADPF nº 672 nos permitiu verticalizar a questão do papel contramajoritário do Poder Judiciário, considerando o contexto da pandemia de COVID-19.

Dessa forma, após justificar o método e descrever analiticamente a amostra escolhida, observando as necessidades impostas pelo caso, abordamos no primeiro capítulo o direito à saúde e a sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo que, por meio de revisão bibliográfica do assunto, foi possível verificar que o direito à saúde se trata de um direito humano, relacionado não só à ausência de enfermidades, mas também à ideia de completo bem-estar físico, mental e social, de modo que a promoção do direito à saúde, está atrelada à garantia de outros direitos básicos, tais como saneamento básico, educação e alimentação.

No Brasil, o direito à saúde encontra-se positivado na Constituição Federal, em seu art. 6, como um direito social, incumbindo ao Estado, nos moldes do art. 196, de garanti-lo “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção; proteção e recuperação”.

O SUS foi idealizado nessa perspectiva, a fim de garantir efetividade ao preceito da “saúde como um direito de todos”, mediante a garantia do acesso universal, igualitário, integral, prestado de forma descentralizada e regionalizada. Logo, levando em consideração o princípio do acesso universal e igualitário, bem como considerando as desigualdades sociais e as peculiaridades de cada região do Brasil, além da adoção do modelo federativo pela Constituição, constatou-se que a distribuição de competências em matéria de saúde entre os três níveis de governo (União, estados e municípios) é determinante para a efetividade do SUS.



Assim, os entes da federação possuem competência concorrente em matéria de saúde (art. 23, II, da CF), sendo que, alinhada à referida previsão constitucional, a direção do SUS é única, porém compartilhada pelas diversas esferas de governo. Nessa senda, compete à União a direção nacional do sistema por meio do Ministério da Saúde, mediante a formulação de políticas públicas e normas, além do estabelecimento de diretrizes e da execução de vigilância de portos e aeroportos, em circunstâncias especiais (art. 16 da LOS). Já os estados possuem competência para promover a descentralização de ações para os municípios e a execução de serviços de saúde, e executá-las de forma complementar, coordenar redes hierarquizadas, formular normas suplementares em matéria de saúde e prestar serviço de vigilância (art. 17 da LOS). Por fim, compete aos municípios a execução do serviço público de saúde, principalmente de atenção primária, bem como a participação no planejamento de ações de saúde e na normatização complementar (art. 18 da LOS).

Logo, verificou-se que, para que esse sistema possa atingir sua efetividade, é necessária uma atuação integrada entre os diversos níveis de governo, cabendo à União o papel de coordenação — dispondo, para tanto, da transferência de recursos aos entes subnacionais, vinculadas à adesão pelos estados e municípios a objetivos da política federal; da edição de portarias pelo Ministério da Saúde; e da utilização dos espaços deliberativos para o planejamento articulado da execução de serviços de saúde.

Ao final do primeiro capítulo foi possível concluir que esses instrumentos de coordenação, embora fragilizados, encontravam-se à disposição do Governo Federal para enfrentar a pandemia de COVID-19, que gerou uma crise de saúde pública sem precedentes.

Na sequência, ante a necessidade de aprofundamento teórico acerca do controle de constitucionalidade e da discussão envolvendo a dificuldade contramajoritária, para posterior análise de suas implicações no caso concreto, abordamos no capítulo 2 um breve histórico dos principais modelos de controle de constitucionalidade, e do modelo híbrido adotado pelo Brasil, em que convivem os sistemas de controle concentrado e difuso. Além disso, aprofundamos o debate acerca da dificuldade contramajoritária, decorrente do fato de o Poder Judiciário — órgão não eleito pelo povo e que, portanto, não possuiria capacidade deliberativa — poder rever a constitucionalidade de normas jurídicas sancionadas por órgãos democráticos.

Apontamos para a existência de argumentos respeitáveis tanto contra a revisão de constitucionalidade pela jurisdição, calcados nos riscos de um elitismo do Poder Judiciário e nas vantagens epistêmicas da deliberação majoritária; quanto a favor do controle judicial de constitucionalidade das normas, fundamentados na concepção de que a positivação de certos direitos ocorreu justamente por conta da percepção de que alguns valores deveriam ser trazidos à Constituição, a fim de se criar um contraponto jurídico à política majoritária.

Nessa linha, a positivação de direitos fundamentais na Constituição ampliou o papel do poder judiciário, sendo a atuação do tribunal para a concretização de normas constitucionais de textura aberta a outra face da moeda da atuação do parlamento. A política e a jurisdição, portanto, se revelam não tão distantes quanto se poderia imaginar. Ao revés, a partir da revisão bibliográfica, foi possível concluir que o Poder Judiciário é parte do ciclo da política.

Muito embora a positivação de direitos fundamentais e a expansão da jurisdição constitucional pela criação dos Tribunais Constitucionais após a Segunda Guerra Mundial tenham influenciado na ampliação do Poder Judiciário, tal ampliação também possui relação com a judicialização da política.

No Brasil, diversos fatores contribuem para a judicialização: a estabilização da democracia e a própria estrutura do sistema jurídico, visto que, ante a presença de mecanismos rígidos de separação dos poderes e a adoção do modelo de federalismo, o Poder Judiciário teria que agir como um terceiro imparcial na solução de conflitos entre os demais poderes. Foi o que ocorreu no julgamento da ADPF nº 672, com o Poder Judiciário sendo instado a se manifestar sobre questão que perpassa a política diante do tensionamento entre os entes da federação e da perda da capacidade de diálogo entre as esferas de governo em momento de crise de saúde, colocando em risco preceitos fundamentais.

Ressaltamos, entretanto, que frente aos dos enunciados abertos da Constituição, o estabelecimento de sentido às normas é “uma atividade simultaneamente política e jurídica”<sup>366</sup>. Logo, principalmente em países como o Brasil, em que a própria Constituição prevê a possibilidade do controle de constitucionalidade ser exercido pela jurisdição constitucional, a questão da legitimidade se centra muito mais na compreensão dos limites e da densidade da intervenção judicial do que na

---

<sup>366</sup> MENDONÇA, 2015, p. 159.

discussão a respeito de quem deve deter a palavra final a respeito do sentido dos princípios constitucionais.

Em verdade, como disposto neste trabalho, a palavra final é apenas provisoriamente final, visto que no sistema de separação de poderes é natural que exista uma interação entre estes, em um fluxo contínuo de diálogo entre as instituições democráticas, podendo ocorrer mudanças de entendimento a partir de um processamento de concepções majoritárias levando em consideração as bases do Estado de Direito. Conforme mencionado por Conrado Hübner Mendes, essa movimentação é capaz até mesmo de ampliar a qualidade da deliberação política, representando ganhos para a democracia<sup>367</sup>.

Desse modo, concluímos que, no sistema de separação dos poderes, o Poder Judiciário integra o ciclo institucional democrático. Todavia, deve haver cautela para que não se incorra na politização da Justiça, cabendo ao Poder Judiciário evitar a confusão de métodos, exemplificada pela utilização ostensiva de recursos políticos; bem como a deturpação da jurisdição, representada pela sua utilização por grupos sociais ou por magistrados para avançar determinada agenda política sem passar pelo processo parlamentar.

Assim, levando em conta que os três poderes encontram-se vinculados à observância da Constituição Federal e, portanto, à garantia do mínimo existencial e da atenção aos objetivos da República insculpidos no art. 3.º da CF, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário diante de omissões ou ações do poder público que possam comprometer esse núcleo essencial de direitos.

Contudo, para que essa intervenção seja conduzida de forma legítima, deve-se ter como pressuposto a garantia do mínimo existencial, além da atenção aos limites da razoabilidade e da reserva legal, a fim de que não ocorram excessos por parte do Poder Judiciário.

Analisando tais questões a partir do caso da ADPF nº 672, foi possível concluir que existiam circunstâncias autorizadoras de um controle de constitucionalidade forte, ante a atuação fraca do Poder Executivo Federal no que se refere às medidas de enfrentamento da pandemia e à garantia do direito à saúde.

No último capítulo da pesquisa, verificamos a ausência de coordenação por parte do Poder Público Federal no enfrentamento da pandemia e o aprofundamento

---

<sup>367</sup> MENDES, 2008, p. 214.

da fragilização dos mecanismos de coordenação do SUS disponíveis à União. Constatou-se que as atitudes do Presidente da República contrárias às orientações da OMS e do próprio Ministério da Saúde, na contramão de evidências científicas, representavam um agravador da crise.

Os embates entre os entes da federação se intensificaram na medida em que o Governo Federal, ao invés de atuar de forma colaborativa com as instâncias responsáveis em prol da execução de serviços públicos de saúde, agia de forma adversarial, desestimulando a adoção das políticas públicas pelos entes subnacionais para combater a COVID-19 e reduzir os índices de contágio.

Logo, ante a omissão do Poder Executivo Federal, evidencia-se a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário, no sentido de garantir que a interpretação da Lei nº 13.979/20 fosse realizada à luz do princípio da separação dos poderes e do federalismo, afastando desnecessários conflitos federativos que ampliariam a crise de saúde pública no Brasil. Assim, determinou-se que o Presidente se abstinisse da prática de atos que desrespeitassem determinações de governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e regras de aglomeração.

Além de legítima, a atuação do Supremo foi necessária à garantia da efetividade das políticas de contenção da COVID-19 adotadas pelos entes subnacionais, e, portanto, essencial para assegurar a efetividade e o bom funcionamento da estrutura do SUS.

Na análise do caso, constatamos que a atuação da Corte não feriu a separação dos poderes. Ao contrário, sua atuação demonstra o perfeito funcionamento desse modelo, em que uma autoridade, o Poder Judiciário, neste caso, foi capaz de afastar e evitar práticas de outra autoridade, o Poder Executivo Federal, que eram contrárias à Constituição e que ameaçavam o direito à saúde da população, em meio a uma situação de calamidade pública. Afinal, consoante o exposto no capítulo 3 deste trabalho, a separação dos poderes não pode ser vista de forma rígida, de modo a representar um obstáculo à implementação de direitos sociais. Entretanto, se impõe aos tribunais a cautela na justificação de suas decisões no controle de constitucionalidade, a fim assegurar-lhes legitimidade.

Outrossim, a Corte não infringiu limites institucionais em sua atuação; ao revés, apresentou postura autocontida no que se refere ao pedido do CFOAB para que houvesse determinação ao poder público para implementar de forma imediata medidas econômicas para a garantia do emprego e da renda.

Nesse ponto, cumpre destacar que, muito embora o Poder Judiciário possa intervir diante de omissão ou atuação deficitária do poder público, a fim de garantir o mínimo existencial, não podendo nem mesmo a administração justificar a omissão na reserva do possível, observou-se que no âmbito das políticas econômicas o Supremo entendeu que as políticas até então adotadas não estavam em dissonância com as diretrizes constitucionais. Compreendendo, assim, que o poder público era competente para a análise de variáveis políticas, como o tempo e os recursos disponíveis para sua implementação, e que não cabia ao Judiciário interferir em sua esfera de discricionariedade, a menos que se verificasse atitude desarrazoada.

Desse modo, o estudo de caso revelou a importância de um Poder Judiciário independente e forte, sobretudo em tempos de crise, afinal como é mencionado por Motta, *“havendo poder sempre há resistência, e havendo resistência sempre há inversões de forças nos espaços institucionais”*<sup>368</sup>.

---

<sup>368</sup> MOTTA, 2012, p. 215.

## REFERÊNCIAS

ABECH, Thiago. Bolsonaro defende hidroxicloroquina e ivermectina após críticas na CPI. **CNN Brasil**, 7 maio 2021. Disponível em:

<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-defende-hidroxicloroquina-e-ivermectina-apos-criticas-na-cpi/>. Acesso em: 24 out. 2024.

ABRUCIO, Fernando Luiz *et al.* Mais Brasil, Menos Brasília: o sentido do federalismo bolsonarista e seu impacto no combate à Covid 19. **Estadão**, 12 abr. 2020.

Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/gestao-politica-e-sociedade/mais-brasil-menos-brasilia-o-sentido-do-federalismo-bolsonarista-e-seu-impacto-no-combate-a-covid-19/>. Acesso em: 24 out. 2024.

AITH, Fernando; SCALCO, Nayara. Direito à saúde de pessoas em condição de vulnerabilidade em centros urbanos. **Revista USP**, n. 107, p. 43-54, out./nov./dez.

2015. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i107p43-54>. Acesso em: 24 out. 2024.

AQUINO, Estela M. L. *et al.* Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. **Ciência & Saúde**

**Coletiva**, v. 25, supl. 1, p. 2423-2446, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10502020>. Acesso em: 24 out. 2024.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 10, n. 42, p. 99-104, out./dez. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.21056/aec.v10i42.317>. Acesso em: 24 out. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 225, p. 389-410, nov. 2013. Disponível em:

[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod\\_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7438883/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf). Acesso em: 24 out. 2024.

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

<https://repositorio.fgv.br/items/ea782066-daa3-4974-a26c-e414066dbad1>. Acesso em: 24 out. 2024.

ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004.

Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392004000200003>. Acesso em: 24 out. 2024.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de**

**Ciência Política**, n. 15, p. 69-94, set./dez. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-335220141504>. Acesso em: 24 out. 2021.

BAMBIRRA, Tamara Brant; BRASIL, Deilton Ribeiro. Direito Fundamental ao Meio Ambiente e o Processo Estrutural como Meio Adequado para sua Tutela. **Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo**, v. 7, n. 1, p. 1-19, jan./jul. 2021.

Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9628/2021.v7i1.7567>. Acesso em: 24 out. 2024.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6136447>. Acesso em: 24 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3180>. Acesso em: 28 out. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BBC NEWS BRASIL. 2 momentos em que Bolsonaro chamou covid-19 de 'gripezinha', o que agora nega. **BBC News Brasil**, 27 nov. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55107536>. Acesso em: 24 out. 2024.

BENITES, Afonso; BETIM, Felipe. Bolsonaro rompe isolamento e vai a atos contra o congresso em meio à crise do Coronavírus. **EL PAÍS Brasil**, 15 mar. 2020.

Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-03-15/bolsonaro-rompe-isolamento-e-endossa-atos-contra-congresso-em-meio-a-crise-do-coronavirus.html>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v263.2013.10648>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 4 nov. 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](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 4 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 65 Distrito Federal**. Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de abril de 2020a. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal**. Referendo em Medida Cautelar em Ação Direta da Inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei 13.979 de 2020. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Relator: Min. Marco Aurélio, 14 de abril de 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.343 Distrito Federal**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (COVID-19). As regras de distribuição de competências são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito (arts. 1º e 18 da CF). Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Marco Aurélio, 6 de maio de 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal**. Constitucional. Pandemia do coronavírus (COVID-19). Respeito ao federalismo. Lei Federal 13.979/2020. Medidas sanitárias de contenção à disseminação do vírus. Isolamento social. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de outubro de 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5885755>. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília: Presidência da República, 2020e. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República



encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília: Senado Federal, 2020f. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2020/decretolegislativo-6-20-marco-2020-789861-publicacaooriginal-160163-pl.html>. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 188 de 03 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Brasília: Ministério da Saúde, 2020g. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188\\_04\\_02\\_2020.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0188_04_02_2020.html). Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm). Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2024]a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2024]b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 24 out. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-47.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/280978240>. Acesso em: 24 out. 2024.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>. Acesso em: 24 out. 2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1, p. 39-61. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito\\_san\\_v1.pdf](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf). Acesso em: 24 out. 2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i3p9-34>. Acesso em: 24 out. 2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Conteúdo do direito à saúde. *In*: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; RAMPIN, Talita Tatiana Dias; AMARAL, Alberto Carvalho (orgs.). **O Direito achado na rua**: Curso de capacitação de defensoras e defensores populares do Distrito Federal. Brasília: Easjur/DPDF, 2019. p. 21-29. Disponível em: <https://www.academia.edu/55520418/>. Acesso em: 24 out. 2024.

DATAFOLHA; FOLHA DE S. PAULO. **Pesquisa Nacional**: 13 a 15/09/2021. [S. l.]: Datafolha, 2021. Disponível em: <https://media.folha.uol.com.br/datafolha/2021/09/24/avali24968insti94782congress8472.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

DORNELLES, João Ricardo W. **O que são os direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013.

FIOCRUZ. Qual a diferença entre isolamento vertical, horizontal e lockdown? **Fundação Oswaldo Cruz**, 1 jul. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/pergunta/qual-diferenca-entre-isolamento-vertical-horizontal-e-lockdown>. Acesso em: 24 out. 2024.

FISS, Owen M. Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1-58, 1979. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/The\\_Forms\\_of\\_Justice.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/The_Forms_of_Justice.pdf). Acesso em: 24 out. 2024.

FLEURY, Sonia. Pandemia, contradições e inovações no federalismo brasileiro. **CEE Fiocruz**, 19 maio 2020. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=node/1179>. Acesso em: 24 out. 2024.

GINSBURG, Thomas. **Judicial Review in new democracies**: constitutional courts in Asian cases. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2003.

GLEZER, Rubens; VILHENA, Oscar. A Supremocracia Desafiada. **Revista Estudos Institucionais**, v. 10, n. 2, p. 248-269, maio/ago. 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v10i2.833>. Acesso em: 24 out. 2024.

GODOY, Miguel Gualano de; TRANJAN, Renata Naomi. Supremo Tribunal Federal e federalismo: antes e durante a pandemia. **Revista Direito GV**, v. 19, e2311, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202311>. Acesso em: 24 out. 2024.

GOMES, Jose Mario Wanderley; CARVALHO, Ernani; BARBOSA, Luís Felipe Andrade. Políticas públicas de saúde e lealdade federativa: STF afirma protagonismo dos Governadores no enfrentamento à COVID-19. **Direito Público**, v. 17, n. 94, p. 193-217, jul./ago. 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395>. Acesso em: 24 out. 2024.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. **eGov UFSC**, 5 mar. 2011. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-ao-fornecimento-estatal-de-medicamentos>. Acesso em: 24 out. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 136-150.

G1. Estudo liberado pela OMS em mais de 30 país afirma ineficácia de 4 medicamentos conta a Covid-19. **G1**, 15 out. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/10/15/estudo-liderado-pela-oms-em-mais-de-30-paises-afirma-ineficacia-de-4-antivirais-contra-a-covid-19.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2024.

G1. Bolsonaro imitou paciente com falta de ar durante transmissões ao vivo na internet em 2021. **G1**, 22 ago. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/08/22/bolsonaro-imitou-paciente-com-falta-de-ar-durante-transmissoes-ao-vivo-na-internet-em-2021.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2024.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

JACCOUD, Luciana; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Federalismo, integralidade e autonomia no SUS**: desvinculação da aplicação de recursos federais e os desafios da coordenação. Rio de Janeiro: Ipea, 2018. (Texto para Discussão, 2399). Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8523>. Acesso em: 24 out. 2024.

JORNAL NACIONAL. OMS reforça que medidas de isolamento social são a melhor alternativa contra o coronavírus. **G1**, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/03/30/oms-reforca-que-medidas-de-isolamento-social-sao-a-melhor-alternativa-contra-o-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 24 out. 2024.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Henning. Controle judicial de políticas públicas: “controle judicial forte ou fraco”? **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 1, p. 191-215, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i1973>. Acesso em: 24 out. 2024.

MACHADO, Maíra Rocha. Estudo de Caso na Pesquisa em Direito. *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coords.). **Metodologia da pesquisa em direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 741-795.

MAIA, Gustavo. Bolsonaro culpa governadores pelos 33 milhões de brasileiros com fome. **VEJA**, 13 jun. 2022. Disponível em:

<https://veja.abril.com.br/coluna/radar/bolsonaro-culpa-governadores-pelos-33-milhoes-de-brasileiros-com-fome>. Acesso em: 24 out. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema - Revista de Estudos Constitucionais**, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2022.v2.n1.a147>. Acesso em: 24 out. 2024.

MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. Sobre o conceito de políticas públicas. **Revista de Direito Brasileira**, v. 24, n. 9, p. 5-18, set./dez. 2019. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v24i9.5702>. Acesso em: 24 out. 2024.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952>. Acesso em: 24 out. 2024.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 133-176.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sistema Único de Saúde - SUS. **Ministério da Saúde**, [2024?]. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus>. Acesso em: 24 out. 2024.

MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Guilherme Peña de. Controle Judicial das Omissões Da Administração Pública sob a perspectiva do Neoconstitucionalismo. **Revista do Ministério Público**, n. 39, p. 41-64, jan./mar. 2011. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2671027/Guilherme\\_Pena\\_de\\_Moraes.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2671027/Guilherme_Pena_de_Moraes.pdf). Acesso em: 24 out. 2024.

MORAES, Rodrigo Fracalossi de. **Medidas legais de incentivo ao distanciamento social**: comparação das políticas e governos estaduais e prefeituras das capitais no Brasil. [S. l.]: Ipea, 2020. (Nota Técnica Dinte, n. 16). Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9857>. Acesso em: 24 out. 2024.

MOTTA, Anaís. Mandetta, Teich, Pazuello e Queiroga: os 4 ministros da Saúde da pandemia. **UOL**, [15 mar. 2021]. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/15/mandetta-teich-pazuello-e-queiroga-os-4-ministros-da-saude-da-pandemia.htm>. Acesso em: 24 out. 2024.

MOTTA, Luiz Eduardo. Judicialização da Política e representação funcional no Brasil contemporâneo: uma ameaça a soberania popular? **Revista Quaestio Iuris**, v. 5, n.

1, p. 256-285, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2012.9878>. Acesso em: 24 out. 2024.

NINO, Carlos Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos direitos fundamentais**: fundamento, justificação e controlo. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2021.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Agenda suprema: Interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social**, v. 28, n. 1, p. 105-133, abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/D6fcqGKxNZByq5zD45fpyvg>. Acesso em: 24 out. 2024.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Judicialização da política em tempos de pandemia. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFScar**, v. 10, n. 1, p. 389-398, jan./abr. 2020. Disponível em <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/933>. Acesso em: 24 out. 2024.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Conteúdo normativo do direito à saúde: Definição do núcleo essencial segundo a abordagem das capacidades. **Revista de Informação Legislativa**, ano 59, n. 234, p. 197-215, abr./jun. 2022. Disponível em: [https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/598844/001220122\\_Conteudo\\_normativo\\_direito\\_saude.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/598844/001220122_Conteudo_normativo_direito_saude.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 24 out. 2024.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; MADEIRA, Lígia Mori. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 35, e247055, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-3352.2021.35.247055>. Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**. Rio de Janeiro: UNIC Rio de Janeiro, [1945]. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2022-05/Carta-ONU.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. [S. l.]: Office of the High Commissioner for Human Rights, [1948]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS-WHO) - 1946**. Nova Iorque: Nações Unidas, [1946]. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod\\_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf). Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Declaração de Alma-Ata. *In*: CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE, 1978, Alma-Ata. **Anais [...]**. Alma-Ata: OMS, 1978. p. 7. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5105661/mod\\_folder/content/0/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alma-Ata.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5105661/mod_folder/content/0/Declara%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alma-Ata.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Discurso de abertura do Diretor-Geral da OMS na coletiva de imprensa sobre a COVID-19. **World Health Organization (WHO)**, 11 mar. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Sobre a OMS. **World Health Organization (WHO)**, [2024?]. Disponível: <https://www.who.int/pt/about>. Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus. **OPAS/OMS**, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>. Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). Histórico da Pandemia de COVID-19. **OPAS/OMS**, [2021]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 24 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). OMS declara fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional referente à COVID-19. **OPAS/OMS**, 5 maio 2023. Disponível em: <https://paho.org/pt/noticias/5-5-2023-oms-declara-fim-da-emergencia-saude-publica-importancia-internacional-referente>. Acesso em: 24 out. 2024.

PESSANHA, Érica. A eficácia dos direitos sociais prestacionais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 8, p. 297-333, jun. 2006. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24792/eficacia\\_direitos\\_sociais\\_prestacionais.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/24792/eficacia_direitos_sociais_prestacionais.pdf). Acesso em: 24 out. 2024.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1972.

RODOVALHO, Thiago. Ação Declaratória De Constitucionalidade, Mutação Constitucional e Modulação Dos Efeitos. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (org.) **Direito constitucional**: processo constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. II, p. 989-1020. (Coleção doutrinas essenciais, v. 10). Disponível em <https://www.academia.edu/44647800>. Acesso em: 24 out. 2022.

SALES, Jucele Gomes. Judicialização e políticas públicas: reflexões sobre a inserção do Judiciário no modelo processual. **Espaço Público**, v. 2, p. 58-66, dez. 2018. Disponível em:

<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politicaspublicas/article/view/238598>. Acesso em: 24 out. 2024.

SANTOS, Alexander Fabiano Ribeiro. O processo Estrutural como medida de legitimação da intervenção judicial em políticas públicas. **Revista ESMAT**, ano 16, n. 27, p. 15-32, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.29327/270098.16.27-1>. Acesso em: 24 out. 2024.

SANTOS, Everton Rodrigo; CASTRO, Henrique Carlos de O. de; HOFFMANN, Fábio. A democracia brasileira e seus inimigos. **Revista Katálysis**, v. 24, n. 1, p. 127-138, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e73472>. Acesso em: 24 out. 2024.

SANTOS, Lenir. Região de saúde e suas redes de atenção: modelo organizativo-sistêmico do SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, n. 4, p. 1281-1289, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017224.26392016>. Acesso em: 24 out. 2024.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde**: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12414>. Acesso em: 24 out. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. *In*: RÉ, Aluisio lunes Monti Ruggeri (org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2014. v. 1, p. 111-146. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11336>. Acesso em: 24 out. 2024.

SIMÃO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago; TEODORO, Frediano José Momesso. A democracia liberal na encruzilhada: as causas da *autocratização* no Brasil e no mundo. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 89-106, out./dez. 2023. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril\\_v60\\_n240\\_p89](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p89)

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>. Acesso em: 24 out. 2024.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e democracia: Algumas teorias e parâmetros de ativismo. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73-114.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Painel de ações Covid-19. **Qlik Sense Mashup**, [24 out. 2024]. Disponível em: [https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app\\_processo\\_covid19/index.html](https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html). Acesso em: 24 out. 2024.

SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago: The University of Chicago, 2002. (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, n. 156). Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics). Acesso em: 24 out. 2024.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; RADKE, Rafael Wagner. Habermas e a tentativa procedimental de superação da discricionariedade judicial. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 115, p. 81-108, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/473>. Acesso em: 24 out. 2024.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; SERVO, Luciana Mendes Santos. Covid-19 e coordenação federativa no Brasil: consequências da dissonância federal para a resposta à pandemia. **Saúde em Debate**, v. 44, n. especial 4, p. 100-113, dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-11042020E406>. Acesso em: 24 out. de 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **Lua Nova**, n. 42, p. 53-97, 1997. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000300003>. Acesso em: 24 out. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acesso em: 24 out. 2024.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Cia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 375-393, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/5FvZYmsfBmZcwKT57ctZY9C/>. Acesso em: 24 out. 2024.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: [https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54\\_115YaleLJ1346\\_April2006\\_.pdf](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf). Acesso em: 24 out. 2024.

WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. **Dikaion Revista de Fundamentación jurídica**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. Disponível em: <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/9023>. Acesso em: 24 out. 2024.



WANG, Daniel Wei Liang *et al.* O STF e as medidas para prevenção e tratamento da covid-19. **Revista Direito GV**, v. 19, e2336, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202336>. Acesso em: 24 out. 2024.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.