



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

**DIREITO À SAÚDE, REGULAÇÃO E PRECEDENTES:
ANÁLISE DOS PRECEDENTES FORMADOS NOS TEMAS 6 E 1234 PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SOLUÇÃO ESTRUTURANTE DO
CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE EM RELAÇÃO AOS ATOS DA
ANVISA E DOS ÓRGÃOS TÉCNICOS DE SAÚDE.**

BRASÍLIA
2025



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

**DIREITO À SAÚDE, REGULAÇÃO E PRECEDENTES:
ANÁLISE DOS PRECEDENTES FORMADOS NOS TEMAS 6 E 1234 PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SOLUÇÃO ESTRUTURANTE DO
CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE EM RELAÇÃO AOS ATOS DA
ANVISA E DOS ÓRGÃOS TÉCNICOS DE SAÚDE.**

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial e obrigatório para a obtenção do título de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), na área de concentração “Estado, Direito e Constituição”, linha de Pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”, sublinha de Pesquisa “Regulação e Transformações na Ordem Econômica”

Orientador: Professor Doutor Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.

BRASÍLIA

2025

LEONARDO CAMPOS SOARES DA FONSECA

**DIREITO À SAÚDE, REGULAÇÃO E PRECEDENTES:
ANÁLISE DOS PRECEDENTES FORMADOS NOS TEMAS 6 E 1234 PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SOLUÇÃO ESTRUTURANTE DO
CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE EM RELAÇÃO AOS ATOS DA
ANVISA E DOS ÓRGÃOS TÉCNICOS DE SAÚDE.**

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial e obrigatório para a obtenção do título de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), na área de concentração “Estado, Direito e Constituição”, linha de Pesquisa “Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação”, sublinha de Pesquisa “Regulação e Transformações na Ordem Econômica”

Data de aprovação: ____/____/____.

Prof. Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto (PPGD/UnB)

Membro Interno: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha (PPGD/UnB)

Membro Externo: Prof. Dr. Carlos Augusto Pires Brandão (UFPI)

Membro Externo: Prof. Dr. Flávio Jaime de Moraes Jardim (IDP- DF)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e à Nossa Senhora pelo sustento espiritual e físico durante todo o longo período acadêmico que tive na vida, agora coroado pelo fim do ciclo do doutoramento, sem o qual jamais conseguiria ter implementado.

Agradeço ao meu pai Reynaldo, grande referência moral, humana e profissional, pelos conselhos e incentivo de sempre.

À minha maravilhosa mãe Luziana, por sempre ter sido diligente no acompanhamento da minha vida estudantil e profissional, pelas permanentes orações e pelo amor incondicional que me dedica.

À minha amada Manuella, amor da minha vida que me anima a seguir na minha jornada todos os dias. Agradeço por ser minha maior fonte de felicidade e meu grande sustentáculo nos momentos mais difíceis. Seria impossível fazer qualquer coisa sem você. Muito obrigado por tudo sempre.

Aos meus irmãos Rafael, orientador e apoiador decisivo na minha vida acadêmica, que dispensa todo amor ao magistério e já representa uma das maiores autoridades em Direito Tributário e Financeiro do país, e Gabriel, sócio e grande parceiro do dia a dia, pelo brilhantismo e inegável talento técnico e para construção de relações humanas.

Aos meus sogros Adelino e Christina, ele médico e pai de família exemplar, sempre associado a mim na paixão rubro-negra, e ela mãe e sogra companheira, invariavelmente presente em todos os momentos com um olhar criativo.

Às minhas cunhadas Karen, Maria Eduarda e Letícia pelo carinho e gentileza e ao Hugo pela percepção divertida e embasada dos mais variados temas.

Aos vários amigos que tenho a sorte de possuir na vida representados por Geovanne Amorim, Daniel Castro, Bruno Leal, Gustavo Barros, Marcelo Bulhões, Jorge Galvão, Kaoye Guazina e todos aqueles que sempre torceram por mim.

Ao meu orientador Tarcisio Vieira de Carvalho Neto pela confiança de grande mestre e amigo que depositou em mim, desde os tempos de TSE, e pelos conselhos que moldaram minha vida acadêmica e sobretudo este trabalho. Serei eternamente grato a você. É uma honra ser seu orientando.

Aos examinadores da minha banca, Ministro Carlos Pires Brandão, liderança corajosa e proativa da magistratura brasileira a quem tive a honra de conhecer desde garoto, Flávio Jardim, excepcional magistrado federal e um dos melhores seres humanos que tive o orgulho de

encontrar, e Márcio Iorio, professor destacado e figura relevante na conformação desta pesquisa.

A todos meus chefes, companheiros da vida profissional e professores representados por Paulo Gustavo Gonet Branco, atual Procurador-Geral da República, mas principalmente amigo e farol de todos os momentos. Não tenho como agradecer o que o senhor fez por mim.

Finalmente, aos meus colegas de curso pela prazerosa companhia e pelos profícuos debates desenvolvidos durante as aulas.

RESUMO

Esta tese examina o controle judicial do tipo estrutural efetuado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos Temas 6 e 1234 em relação ao direito fundamental à saúde e os atos da ANVISA e órgãos técnicos de saúde. A Constituição Federal de 1988 inaugurou o paradigma do Estado Social no Brasil, conferindo aos cidadãos uma miríade de direitos sociais, econômicos e culturais, dentre eles o direito fundamental à saúde, reconhecido como dever do Estado, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, ressalta-se a relevância do Sistema Único de Saúde (SUS) na efetivação do direito à saúde, enfatizando os princípios da universalidade, da integridade, da equidade, da descentralização e da participação popular. Todavia, a limitação orçamentária representa um obstáculo na implementação de políticas públicas para garantir o pleno acesso da população aos serviços de saúde e atender as suas demandas de forma eficaz, implicando no crescimento exponencial da judicialização da saúde. Para compreender o impacto desse fenômeno e os desafios da interação entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras e órgãos técnicos, foram analisadas as soluções estruturantes dadas pelo Supremo Tribunal Federal nos Temas 6 e 1234 sobre o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde. Os resultados indicam uma correlação positiva entre os precedentes judiciais estruturais e as escolhas das agências reguladoras e órgãos técnicos, evidenciando a importância da deferência judicial para a efetividade dos próximos passos nas políticas públicas de saúde. Conclui-se que o fortalecimento da coordenação institucional entre o Poder Judiciário e as agências reguladoras e órgãos técnicos é essencial para assegurar a proteção ao direito fundamental à saúde, promover a dignidade da pessoa humana e oferecer soluções mais equilibradas para os conflitos entre direitos individuais e coletivos, contribuindo, assim, para o desenvolvimento de políticas públicas mais adequadas e socialmente justas.

Palavras-chave: Direito à saúde; Regulação; Precedentes judiciais; Judicialização da saúde; ANVISA; Órgãos Técnicos; STF; Repercussão geral;

ABSTRACT

This thesis examines the Federal Supreme Court's deployment of a form of structural judicial review in its landmark rulings in Themes 6 and 1234, concerning the fundamental right to health and the regulatory actions of ANVISA and other specialized health-care agencies. The 1988 Federal Constitution inaugurated Brazil's Social State paradigm, entrenching a broad catalogue of social, economic, and cultural rights. Among these, the right to health—constitutionally framed as an affirmative State obligation grounded in the principle of human dignity—occupies a central position. Within this constitutional architecture, the Unified Health System (SUS) serves as the institutional locus for the realization of this right, guided by the principles of universality, comprehensiveness, equity, decentralization, and participatory governance. Yet persistent fiscal constraints significantly impede the State's capacity to design and implement public policies capable of guaranteeing full and equitable access to health services. These constraints have fueled the exponential growth of health-care litigation, raising complex questions about the appropriate role of courts in shaping public policy and overseeing specialized regulatory bodies. Against this backdrop, this Article analyzes how the Federal Supreme Court has crafted structural remedies in Themes 6 and 1234—cases that concern judicial mandates for the provision of medicines and medical treatments—to mediate the relationship between courts, regulatory agencies, and technical experts. The analysis reveals a notable alignment between the Court's structural precedents and the subsequent policy choices of regulatory agencies and technical bodies. This correlation underscores the importance of judicial deference to technical expertise as a condition for the effective implementation of systemic remedies in the health-care domain. Ultimately, the Article argues that strengthening institutional coordination between the Judiciary and regulatory or technical authorities is indispensable to safeguarding the fundamental right to health, advancing human dignity, and developing more balanced solutions to tensions between individual entitlements and collective needs. Such coordination, in turn, is essential for the construction of more coherent, sustainable, and socially equitable public health policies.

KEY WORDS: Right to health; Regulation; Judicial precedents; Judicialization of health; ANVISA; STF; Technical bodies. General repercussion;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A DIMENSÃO INSTITUCIONAL E REGULATÓRIA DO DIREITO À SAÚDE	24
1.1. Limites e condições do neoconstitucionalismo como chave de leitura	26
1.2. Antecedentes sociais, políticos e jurídicos à afirmação do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988	32
1.3. Constitucionalização, direito sanitário e saúde	38
1.3.1. Conceituação do direito sanitário	41
1.3.2. Constitucionalização do direito sanitário	44
1.3.3. Moldura constitucional do direito à saúde	48
1.4. Regime Jurídico do Direito Fundamental à Saúde	57
1.4.1. Promoção à saúde como dever de proteção estatal e o Sistema Único de Saúde enquanto garantia institucional fundamental	66
1.5. O Dever de Regular Ações e Serviços de Interesse à Saúde	70
1.6. A conveniência do conceito de Estado Regulatório em matéria sanitária	75
1.6.1. Constituição econômica brasileira e o direito fundamental à saúde	87
2. ESTADO ADMINISTRATIVO E PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS	93
2.1. Estado de Direito e Regulação no âmbito da Administração Pública Contemporânea	94
2.2. Separação dos Poderes, função administrativa regulatória e diálogos institucionais	102
2.3. Diálogos institucionais na intersecção entre direito à saúde, regulação e precedentes	113
2.4. O Estado Administrativo norte-americano e o sistema de freios e contrapesos	127
2.4.1. A construção do Estado Administrativo e do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América	127
2.4.2. A centralidade do Poder Judiciário e o direito como integridade em Ronald Dworkin...	132
2.4.3. A centralidade do Poder Legislativo, desacordos e a dignidade da legislação em Jeremy Waldron	136
2.4.4. A centralidade do Poder Executivo e a abnegação do direito em Adrian Vermeule	139
2.4.5. A centralidade do Regulador independente e a análise humanizada de custo-benefício em Cass Sunstein	143

2.4.6. A moralidade do direito em Lon Fuller e sua aplicabilidade ao Estado Administrativo segundo Cass Sunstein e Adrian Vermeule	149
2.4.7. A centralidade do Povo e o textualismo na interpretação de estatutos legislativos em Antonin Scalia	158
2.5. Diretrizes para o controle judicial das interpretações de agências e das escolhas regulatórias	164
2.5.1. Salvaguarda da autoridade técnica das agências e da capacidade dialógica do Judiciário .	166
2.5.2. Salvaguarda do espaço institucional da função estatal regulatória	167
2.5.3. Salvaguarda do devido processo legal	170
2.5.4. Salvaguarda do exame de consequências e das capacidades institucionais no sistema constitucional regulatório	172
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E A TUTELA ESTRUTURANTE DO DIREITO À SAÚDE	177
3.1. Recorte institucional e a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais pela via judicial	178
3.1.1. Referencial de comparação: a Corte Constitucional da República da África do Sul	182
3.2. Recorte funcional e a funcionalidade regulatória do Tribunal Constitucional	.. 189
3.2.1. Litigância regulatória pela via do Supremo Tribunal Federal	194
3.2.2. O debate sobre o controle de segunda ordem em seara regulatória	201
3.3. Recorte processual e o desenvolvimento do processo constitucional	204
3.3.1. Estudo de caso: temas 6 e 1234 da repercussão geral	210
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	219
REFERÊNCIAS	230

INTRODUÇÃO

Muito mais que uma simples folha de papel, sobretudo a partir do século XX, as constituições passaram a funcionar como um veículo de transformações sociais e econômicas imaginadas por uma comunidade política, notadamente em um momento de sua história dotado de singular relevância e gravidade. Destinada a garantir direitos fundamentais e organizar o poder político, mais que um documento solene dotado, em sua parte dogmática, de nove títulos e centenas de artigos, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 projetou para o futuro da sociedade uma série de decisões fundamentais as quais se revelam transversais a toda ordem constitucional. Ilustrativamente, pode-se observar a instituição de um Estado Democrático de Direito, a centralidade dos direitos fundamentais devidamente positivados e um constitucionalismo dirigente orientado ao porvir por meio de normas que estabelecem programas e objetivos estatais, a serem postos em prática.¹

Extraí-se da promulgação da Constituição de 1988 um Estado Social. Segundo Bonavides, é nessa transformação estrutural que a estatalidade, coagida pela pressão das massas vertida em reivindicações impacientes feitas ao poder político, confere ao corpo cívico uma miríade de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais e de normas programáticas de coloração transformativa². Para atestar essa intenção, bastaria uma leitura do discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o Deputado Ulysses Guimarães, por ocasião da promulgação da Constituição, para aferir que “a Constituição (...) mudou [a Nação] quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa”³.

Na mesma direção, Vieira de Carvalho argumenta que a consolidação do Estado Social derivou da necessidade de superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social. Na contemporaneidade, entende que uma nova feição dessa categoria de ente estatal demanda “retomar concepções mais atuantes do Estado, como mecanismo importante e insubstituível para induzir atividade econômicas de maior sensibilidade social (...) para assegurar à coletividade os serviços essenciais a uma ‘vida digna’”⁴. Sendo assim, importa

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 84-92.

² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 185-186.

³ GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 595-602, jul./dez. 2008, p. 595.

⁴ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 31.

perceber que o autor advoga em favor de um Estado Social de regulação, diante da retração da atuação direta do ente estatal na economia de um lado e, de outro, da inalterabilidade da vigência de um paradigma de Estado socialmente promocional⁵.

Sendo assim, o pano de fundo da presente tese é o cidadão que tem (ou deveria ter) hospital e remédio. No campo da saúde, o impulso transformador do vigente texto constitucional revela-se particularmente notável e notado, como se vê, em recente artigo de opinião publicado no mês de dezembro de 2023, de autoria do empresário Bill Gates. Sabedor das distâncias amazônicas entre a garantia da proteção e a efetiva promoção da saúde pública, financiá-la e fazê-la chegar nas pessoas que dela mais precisam, após asseverar o muito que ainda precisa ser concretizado na realidade nacional, reconhece no maior sistema de saúde universal e gratuito do mundo uma conquista institucional a ser mundialmente comemorada e observada. Para ele, “o sistema de saúde do Brasil não precisa ser perfeito para servir de prova do que acontece quando um país investe estrategicamente na assistência aos seus mais vulneráveis: os retornos são muitas vezes de longo alcance e transformam vidas”⁶. Tirante a elegia, anota-se mais de seis dezenas de citações à expressão “saúde” enquanto direito na Constituição de 1988 e uma magnitude econômica que beira a 10% da renda nacional, com volume de serviços e custos em ascensão.⁷

O segundo fio condutor na tessitura deste empreendimento doutoral consiste nas instituições das quais se exige funcionamento constitucionalmente adequado para fazer concreto o direito à saúde. Ao saudar o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Rafael Mayer, também o Deputado Ulysses Guimarães vocalizou senso comum da época a propósito do Poder Judiciário brasileiro: “o imperativo de ‘Muda Brasil’, desafio de nossa geração, não se processará sem o consequente ‘Muda Justiça’, que se instrumentalizou na Carta Magna com a valiosa contribuição do poder chefiado por V. Exa.”⁸ Antes, endereçara que, pela Constituição, os cidadãos se transformaram poderosos e vigilantes agentes da fiscalização da República, o que exemplificou por meio de remédios constitucionais vertidos perante o Estado juiz e das funções fiscalizatórias do Congresso Nacional e do Tribunal de Contas da União. Mais de trinta e cinco anos depois, urge à dogmática jurídicas saber se, por detrás da máxima “as instituições estão funcionando”, há tanto um arranjo institucional quanto

⁵ *Ibid.*, p. 31-32.

⁶ Tradução livre. GATES, Bill. Lessons in lifesaving from Brazil. **Gates Notes**, 12 de dezembro de 2023. Disponível em: <<https://www.gatesnotes.com/Lessons-from-Brazil>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2024.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA/INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019, p. 13.

⁸ GUIMARÃES, Ulysses. Op. Cit., p. 599.

uma agregação de práticas legislativas, executivas e judiciais que assegurem, ou pelo menos facilitem, um nível satisfatório de efetividade do direito à saúde.

Nas interfaces regulatórias e judiciais ao sistema de assistência à saúde, esta pesquisa se insere na ampla e interdisciplinar área de regulação e de judicialização da saúde. Quanto a esses fenômenos, instituições oficiais de todas as esferas federativas e a literatura científica dão conta de um crescimento considerável, seja em termos de quantitativo de demandas, seja em volume econômico (atualmente bilionário), a ponto de demonstrar-se praticamente inviável planejar, formular, executar e avaliar políticas públicas em saúde, sem pensar no Poder Judiciário, nas agências reguladoras e nos órgãos de controle interno e externo. Nesse ponto, a complexidade científica e institucional da temática ultrapassa sobejamente a então inovadora conceituação feita pelo Presidente da ANC 1987-1988 Ulysses Guimarães do novel texto como “a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo”⁹.

Posto esse contexto, na qualidade de imprescindível recorte metodológico, **o tema da tese** versará sobre o tema do controle judicial efetuado pelo Supremo Tribunal Federal dos atos regulatórios expedidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a participação dos órgão técnicos de saúde a propósito de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde. Isso se dará na esteira da argumentação jurídica desenvolvida em dois importantes temas de repercussão geral julgados pela Corte, quais sejam, os de números 06 e 1234, em que se adotou uma visão estruturante que, aliás, deve ditar o porvir da fiscalização judicial sobre a matéria.

Nesse universo litigioso, informado pela lógica de consolidação da jurisprudência via posicionamentos vinculantes na corte de cúpula do Judiciário nacional, a abordagem precípua se centrará na perquirição de possíveis correlações entre o emprego desses instrumentos afetas ao sistema de precedentes obrigatórios e a abertura aos diálogos institucionais entre tribunais, agências reguladoras e órgãos técnicos de saúde, dentro de uma perspectiva estruturante. Além disso, importa um exame movido por pesquisa jurisprudencial que permita compreender e avaliar criticamente as interações entre os órgãos judiciais e as unidades administrativas referidas dentro de um espectro de possibilidades as quais variem entre o ativismo judicial e a abnegação jurisdicional, perpassando pela deferência institucional.

Nesta sede, pretende-se perquirir a existência de correlações significativas entre a atuação regulatória da ANVISA e órgão técnicos em matéria de ordenação pública da saúde e, de outro, a instituição de precedentes vinculantes por parte do STF no mesmo escopo. Noutras

⁹ Ibid., loc. cit.

palavras, este empreendimento científico se guiará pela seguinte questão norteadora: ao instituir precedentes vinculantes acerca do direito fundamental à saúde mediante o instituto processual da repercussão geral nos casos referidos, a atitude institucional e a argumentação jurídica do Supremo Tribunal Federal respaldaram as escolhas regulatórias da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e órgãos técnicos em matéria de fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos?

A esse propósito, lança-se aqui conjectura básica no sentido de que houve respaldo por parte do STF, no âmbito de precedentes vinculantes firmados em temas da repercussão geral, às escolhas regulatórias feitas pela ANVISA e órgãos técnicos em matéria de fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos, considerando como variáveis uma atitude institucional caracterizada pela deferência e uma argumentação jurídica dos tribunais consciente e referente aos procedimentos e conteúdo dos atos regulatórios das agências, em um cenário de solução estruturante.

Neste passo, assume-se inferência provável segundo a qual a atividade regulatória levada a efeito pela Anvisa e órgãos técnicos é responsiva a argumentos e objeções suscitados no bojo do processo de judicialização da saúde, sobretudo no que diz respeito às orientações jurisprudenciais de natureza vinculante e estrutural assentadas pelo STF.

A partir de revisão bibliográfica ampla e prévia, tornou-se viável fundamentar a hipótese básica desta tese doutoral na verificação de que há uma tendência da literatura em divisar a atuação dos órgãos judiciais analisados em lides individuais e litígios coletivos ou estruturais, que levam a posturas e resultados diferentes por parte do STF.¹⁰ Cumpre-se, ainda, perceber que esse estado da arte em temas da saúde dialoga com uma tendência mais ampla do ecossistema jurídico do país no sentido de que “em geral, os juristas brasileiros agem de maneira personalista ao decidir casos concretos e têm a tendência de naturalizar seus conceitos ao refletir sobre o direito em abstrato”¹¹.

De um lado, no que tange às lides individuais, cujo padrão também é observável em grande parcela do Poder Judiciário, os pronunciamentos jurisdicionais seriam predominantemente desfavoráveis ao ente público e potencialmente divergentes às políticas públicas sanitárias e avaliações de tecnologias em saúde realizadas pelo Poder Executivo, o que se expressa, por ilustração, no caráter experimental dos fármacos e tratamentos terapêuticos

¹⁰ VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, abr. 2020, p. 83.

¹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 14.

pleiteados judicialmente ou no argumento de que as prestações jurisdicionais não observam as listas e protocolos clínicos do SUS. No contexto específico do corrente empreendimento científico, a partir de levantamento e análise de acórdãos do STF, produzidos entre 2000 e 2011, pesquisa de Mazza apresentou como resultado que, em regra, o órgão judicial não leva em consideração as regras e o planejamento orçamentário quando de suas decisões no campo da saúde.¹²

De outro lado, no que se refere às demandas coletivas, entende-se que haveria uma espécie de ação coordenada e tecnicamente informada do STF, o qual passou a desenvolver políticas judiciárias em saúde, justamente com o fito de diminuir e qualificar a judicialização da saúde. Por clareza e na esteira de Zavascki, importa ressaltar que as sistemáticas processuais discutidas no escopo desta pesquisa funcionam no ordenamento jurídico como instrumento de tutela coletiva de direitos,¹³ independentemente do tipo de ação, se individual ou coletiva, que tramitou nos juízos antecedentes e deu origem ao paradigma da repercussão geral ou do rito dos recursos repetitivos. Sendo assim, a atuação conjunta movida pela coletivização das controvérsias sanitárias terminaria por refletir-se em monitoramento mais intenso e maiores exigências argumentativas aos juízes e tribunais que processam e julgam essas demandas.¹⁴

É comum, ainda, o argumento na literatura pertinente aos métodos e instrumentos de coletivização das ações pertinentes à judicialização da saúde, segundo o qual essas possuem melhores capacidades para, pelo menos, duas ações fundamentais no referido fenômeno social e interdisciplinar. A uma, a discussão de questões médico-científicas, orçamentárias, de gestão e de justiça distributiva, a ponto desses processos coletivos fornecerem ao juízo maior quantidade de informações e pontos de vista para julgar. A duas, a superação de eventual dicotomia entre ganhadores e perdedores, que é própria de uma lógica adversarial e individualista, em favor da construção de saídas mais dialogadas e negociadas entre os poderes.¹⁵ Ademais, a exemplo de audiências públicas ou do exercício de controle de constitucionalidade, ações mais estruturantes do STF costumam ser apontadas como respostas

¹² MAZZA, Fabio Ferreira. **Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 55-58 e 238-241.

¹⁴ VASCONCELOS, Natalia Pires de. **Op. cit.** Loc. cit.

¹⁵ WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 33-35.

institucionais aos impactos negativos da litigância sobre o SUS.¹⁶ Nesse sentido, Vasconcelos aponta que uma das respostas institucionais gerais à judicialização da saúde ocorre por meio da gestão processual via STF, exatamente no âmbito da repercussão geral.¹⁷ Igualmente, em estudos de casos sobre temas específicos da repercussão geral, é possível observar avaliações positivas ao desempenho institucional desses órgãos judiciais e de suas interações com as agências administrativas em questão, chegando-se ao ponto de identificar nesses julgamentos oportunidades ideais de equacionamento da judicialização da saúde no Brasil, sobretudo partindo-se da vertente estrutural.¹⁸ Por fim, em relação ao papel desempenhado pelo STF no escopo desta investigação, a conjectura lançada nesta tese condiz com o modelo analítico vertido em quatro fases de decisão da Corte sobre judicialização do direito à saúde desenvolvido, mediante revisão de literatura de tipo narrativa, por Farranha e Cunha.¹⁹

Por conseguinte, defende-se que a hipótese básica a ser testada no curso desta pesquisa de doutoramento possui lastro em significativa literatura relativa à judicialização da saúde.

A questão central da presente pesquisa pode ser enunciada da seguinte forma: analisar o padrão decisório e a argumentação jurídica perfectibilizados pelo STF em dois importantes paradigmas de temas afetos à sistemática da repercussão geral que trataram da regulação desenvolvida pela Anvisa e órgãos técnicos acerca do fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde, com olhos a uma tutela mais contemporânea estrutural.

Por sua vez, esta ordem de ideias pode ser esmiuçada nas seguintes bases:

- (i) identificar os caracteres básicos da dimensão regulatória e institucional do direito fundamental à saúde;
- (ii) sintetizar a dinâmica de interações entre instituições relevantes no modelo regulatório da saúde pública adotado no Brasil, à luz de categorias conceituais relativas aos diálogos constitucionais, capacidades institucionais, discricionariedade técnica e epistêmica, processo estrutural entre outras;

¹⁶ Id. Right to health litigation in Brazil: the problem and the institutional responses. **Human Rights Law Review**, v. 15, n. 4, p. 617-641, dez. 2015.

¹⁷ VASCONCELOS, Natália Pires de. **Mandado de segurança ou Ministério da Saúde? Gestores, procuradores e respostas institucionais à judicialização**. 2018. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

¹⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, p. e1934, 2019. BRUSTOLIN, Alessandra; MACHADO, Edinilson Donizette; CALDERON-VALENCIA, Felipe. A judicialização de medicamentos sem registro na ANVISA e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para a solução da problemática. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 23, n. 129, p. 95-123, fev./maio 2021.

¹⁹ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida; FARRANHA, Ana Cláudia. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. **Public Sciences & Policies**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 15-35, 2022.

(iii) estruturar sob o prisma da Constituição Econômica a arquitetura normativa, as práticas administrativas e a literatura representativa relacionadas à regulação em saúde;

(iv) analisar o instituto processual da repercussão geral nos recursos extraordinários aviados no STF e suas possíveis influências no fenômeno da judicialização da saúde; e

(v) empreender análise de discurso e da argumentação nos dados coletados acerca dos paradigmas pertinentes aos temas das sistêmicas da repercussão geral no escopo da pesquisa.

Pelo prisma da indispensável função social das pesquisas científicas, notadamente em universidades públicas de excelência, a relevância e a atualidade da temática explicam-se pela carência de literatura que aborda especificamente as interfaces e os desempenhos institucionais do Estado Regulador e do Poder Judiciário. Isso porque falta um esforço em prol da correção entre, de um lado, as experiências percebidas no curso de duas décadas, pelo menos desde a Emenda Constitucional 45/2004, em relação à sistema de precedentes vinculantes no universo da saúde pública e, de outro lado, a dinâmica envolvida na aplicação de técnicas, estratégias, modalidades, mecanismos e modelos de regulação,²⁰ sobretudo no que toca ao direito sanitário.

Ainda, a aplicabilidade de pesquisa resultante do tema proposto demonstra-se objetiva, expedita e consecutiva, à luz de um posterior esforço de disseminação do conhecimento científico a ser aqui produzido. Afinal, um exame compreensivo das relações entre a jurisprudência do STF, com a eficácia erga omnes e os efeitos vinculantes inerentes à repercussão geral, e o desenvolvimento das estratégias regulatórias promovidas pela Anvisa e outros órgãos técnicos em questões de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde ostentam o condão de fornecer relevantes achados científicos capazes de informar e conformar as políticas públicas sanitárias e as prestações jurisdicionais em todo território nacional.

Na mesma linha, a importância da temática ora pesquisada pode ser verificada em diagnósticos oficiais do governo brasileiro, como, por exemplo, em recente auditoria do TCU que visava identificar o perfil, o volume e os efeitos práticos do fenômeno da judicialização da saúde. Nela se constatou que as ações voltadas ao fornecimento de medicamentos, com referência ao Ministério da Saúde, representam o maior número de feitos propostos contra o Poder Público, simultaneamente é o que envolve o maior volume de despesas públicas no agregado. Consistiu em achado desse expediente fiscalizatório, posteriormente apreciado pelo Plenário do órgão no Acórdão 1.787/2017,²¹ que a maior parte das disputas judiciais apresenta

²⁰ ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 8 ed. Londres: Laccademia Publishing, 2023, p. 92-102.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1787 - Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgado em 16 de ago. de 2017. TC 009.253/2015-7. Ata nº 31/2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 de ago. de

perfil predominantemente individual e alta taxa de sucesso aos proponentes, correspondendo a medicamentos e fármacos, por sua vez não incorporados ao Sistema Único de Saúde.

Ademais, o trabalho busca constituir laboratório de inovação em razão da aptidão que possui para servir enquanto contributo inovador, com abordagem inédita, para o debate científico, sobretudo nos campos interdisciplinares da judicialização da saúde, regulação em políticas públicas sanitárias, controle judicial do Estado Regulador, dogmática dos direitos fundamentais e legitimidade da Justiça Constitucional. Por conseguinte, o duplo enfoque da tese revela-se inovador, porquanto almeja perquirir a influência regulatória das agências no direito sanitário, conjugada à relevância de precedentes vinculantes formados em matéria recursal no controle e desenvolvimento do direito fundamental à saúde.

Do lado da judicialização, consta no relatório produzido pelo INSPER/CNJ a existência de uma controvérsia na literatura no que diz respeito à classificação temática das demandas judiciais em face do SUS, Saúde Suplementar ou agências e autoridades regulatórias (ANS, Anvisa e Conitec). Afinal, “tomando-se por referência a maior parte da literatura sobre o tema de judicialização da saúde (...), a maior atenção recai sobre a saúde pública, com um reconhecimento tácito de que a litigância é predominante no setor público”²². Portanto, importa dizer que a corrente tese busca inovar ao propor a integração das três ordens, sem predomínio dos aspectos sanitários. Ademais, a partir de levantamento bibliográfico prévio no Scielo Brasil²³, é digno de nota que apenas um contributo versou sobre o STJ²⁴. A despeito da maior atenção da literatura, tirante estudos interessados na Audiência Pública nº 4²⁵ e nos impactos das decisões no restante do sistema de Justiça²⁶, os julgados do STF, em sede de repercussão

2017. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2179179>>. Acesso em 14 de fev. de 2024.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA/INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Op. cit.** p. 123.

²³ Registra-se que se adotou como parâmetros “Supremo Tribunal Federal”, “Superior Tribunal de Justiça” e “judicialização da saúde”, variantes e múltiplas combinações.

²⁴ CARVALHO, Eloá Carneiro et al.. Judicialização da saúde: reserva do possível e mínimo existencial. **Cogitare Enfermagem**, v. 26, p. e76406, 2021.

²⁵ SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Os discursos na Audiência Pública da Saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. **Saúde e Sociedade**, v. 24, p. 184–192, abr. 2015. MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. **Revista Bioética**, v. 22, n. 3, p. 561–568, set. 2014. GOMES, Dalila F. et al.. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?. **Saúde em Debate**, v. 38, n. 100, p. 139–156, jan. 2014. MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 46, n. 4, p. 1017–1036, jul. 2012.

²⁶ PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; SILVA, Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Expansão do poder judicial no Sistema Único de Saúde. **Revista Bioética**, v. 27, n. 1, p. 111–119, jan. 2019.

geral, são comumente alvos de análises tangenciais²⁷ ou tópicas²⁸, tipicamente identificados como estudos de casos sobre tema específico, bem como análises teóricas, por exemplo, à luz da teoria sistêmica de Luhmann²⁹. Raros casos encontram-se ilustrativamente em Santos³⁰, quando aborda as teses do STF fixadas em repercussão geral, porém em formato mais livre de ensaio, ou com enfoque específico, v.g. na pandemia do COVID-19³¹.

Lado outro, Salinas, Ribeiro e Rocha perfizeram análise sobre as teses de doutorado e as dissertações de mestrado com o tema da regulação, defendidas entre 1996 e 2016, resultando em amostra de 464 trabalhos, sendo 382 dissertações e 82 teses. Porém, segundo o critério da realização de algum tipo de análise empírica do Direito, a amostragem reduziu-se para 5 teses e 26 dissertações. Para eles, “isso significa que, no período analisado, foram poucos os trabalhos empíricos em Direito a respeito do tema da regulação nos programas de pós-graduação *strictu sensu* no país, apesar da relevância que este tipo de abordagem tem para área”³². Com efeito, em consonância à abordagem metodológica a ser explicitada a seguir, considera-se que também no contexto dessa área de estudos se depreende a originalidade deste empreendimento científico.

Sendo assim, **a originalidade da tese de doutorado** reside em três aspectos. O primeiro deles é a promessa de um produto acadêmico inovador no qual haja uma integração singular entre teorias da regulação e precedentes vinculantes, pois a maior parte da literatura analisada em levantamento prévio trata isoladamente de um lado do papel do Poder Judiciário na proteção do direito à saúde e, de outro lado, da atuação das agências reguladoras e administrativas dedicadas ao tema. Portanto, a inventividade do empreendimento doutoral encontra-se na proposta de investigação de como as decisões regulatórias da ANVISA e órgãos técnicos são recepcionadas e influenciam na formação de precedentes vinculantes pelo STF, à luz da arquitetura processual em que se insere a repercussão geral e sua nova versão estrutural.

²⁷ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 83–108, jan. 2018.

²⁸ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, p. e1934, 2019.

²⁹ MARTINI, Sandra Regina; CHAVES, André Santos. Necessidade de confiança na jurisdição constitucional para efetivação do direito à saúde. **Interações**, Campo Grande, v. 19, n. 1, p. 77–91, jan. 2018.

³⁰ SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde em Debate**, v. 45, n. 130, p. 807–818, jul. 2021.

³¹ FERNANDES, Fernando Manuel Bessa; OUVENEY, Assis Luiz Mafort. Decisões do Supremo Tribunal Federal no início da pandemia de Covid-19: impactos no federalismo brasileiro?. **Saúde em Debate**, v. 46, n. spe1, p. 48–61, 2022.

³² SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; RIBEIRO, Leandro Molhano; ROCHA, Décio Vieira da. Trabalhos empíricos no direito: uma análise das teses, dissertações e artigos acadêmicos sobre o tema da regulação. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [S. l.], v. 10, p. 1–35, 2023.

O segundo aspecto consiste em uma tese de doutorado com enfoque empírico baseada tanto em precedentes de Cortes Suprema³³ quanto em atos regulatórios de agências. Logo, defende-se existir certo grau de ineditismo na proposição de uma análise sistemática e integrada do diálogo institucional entre agências reguladoras e STF no contexto de regulação e fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos. Em suma, busca-se esclarecer a dinâmica do controle judicial sobre as decisões técnicas das agências em matéria de saúde.

Por fim, o terceiro aspecto deita raízes na compressão de um modelo brasileiro de judicialização regulatória da saúde. Isso porque introduzirá uma investigação detalhada sobre a noção de deferência judicial, ao fornecer balizas e critérios de controle do Estado-juiz sobre as escolhas regulatórias da ANVISA e unidades técnicas. Então, a intenção original desta pesquisa é trazer uma análise inédita da evolução da jurisprudência na seara sanitária e de como a criação desses precedentes pode ter impactado as políticas regulatórias, bem como discutir de forma estruturada e sistematizada a deferência aplicada ao direito regulatório da saúde no Brasil, especialmente a partir de precedentes vinculantes, traçando os rumos estruturais que a judicialização da saúde vem ganhando e tende a definitivamente assumir daqui para frente.

No que toca ao **referencial teórico** adotado nesta tese, compartilha-se aqui de saída metodológica posta em Carvalho Neto³⁴. Assim, assumem-se as premissas e o arcabouço conceitual tanto do neoconstitucionalismo quanto do pós-positivismo na construção de uma chave analítica pela qual se vai validar ou falsear a hipótese básica lançada. Isso acarreta considerar que ao revisar as condutas administrativas, de uma maneira geral, os juízes devem se pautar por uma concepção de controle de legalidade ampla, comprometendo-se com a realização de uma ordem jurídica justa³⁵.

Para além disso, o caráter inovador do empreendimento doutoral residirá na translação e aplicação ao caso brasileiro pertinente à judicialização da regulação em saúde dos aportes teóricos trazidos por uma dupla de autores. De um lado, parte-se dos resultados da doutrina publicista norte-americana no tocante à construção e ao funcionamento do Estado Administrativo e respectivos impactos nos limites da revisão judicial dos atos regulatórios. Com

³³ MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 78-83.

³⁴ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 14-19.

³⁵ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira. Controle jurisdicional da administração pública: algumas ideias. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 121-141, jul./set. 2013.

efeito, refere-se especialmente a Sunstein³⁶ e Vermeule³⁷, seja individualmente³⁸, seja conjuntamente³⁹.

Nessa linha, defende-se que será possível extrair do esforço de adaptação desses aportes teóricos ao universo problemático da presente pesquisa de doutoramento um conjunto de critérios objetivos voltados à preservação do modelo de Estado Regulatório brasileiro erigido pela Constituição de 1988 na seara do direito sanitário. Com base nesse arcabouço conceitual, pretende-se aferir na parte final desta investigação a solidez das decisões e suas argumentações levadas a efeito pelo STF, a partir das sistemáticas processuais da repercussão geral em dois emblemáticos casos, em matéria de controle dos atos regulatórios expedidos pelos órgãos competentes. Afinal, na esteira de Gustin e Dias, somente com esteio no marco teórico que se revela viável a aferição da correção material, ou não, das proposições e dos argumentos lançados em pesquisa, especialmente em termos de validade e de robustez científica⁴⁰.

Com efeito, a presente tese se desenvolverá mediante a conjugação das dimensões da dogmática. Certamente, sendo pouco plausível o transplante jurídico e a aplicação acrítica, o desenho da metodologia perfectibilizado nesta pesquisa embasou-se nas adaptações ao cenário brasileiro já efetuadas nas teses de Mendes⁴¹ e Guerra Filho⁴².

³⁶ SUNSTEIN, Cass R. **How to interpret the Constitution**. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2023. SUNSTEIN, Cass R. **Decisions about Decisions: practical reason in ordinary life**. Nova York, Cambridge: Cambridge University Press, 2023. SUNSTEIN, Cass R. **Risk and Reason: safety, law, and the environment**. Cambridge, Nova York: Cambridge University Press, 2002. SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: what constitutions do**. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 2001. SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven, Londres: Yale University Press, 2008. SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time**. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 1999. SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1997. SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1996.

³⁷ VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation: from Law's Empire to the Administrative State**. Cambridge: Harvard University Press, 2016. VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. Nova York: Cambridge University Press, 2014. VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2011. VERMEULE, Adrian; POSNER, Eric A. **The Executive Unbound: after the Madisonian Republic**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

³⁸ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, Londres: MIT Press, 2018. SUNSTEIN, Cass R. **Valuing Life: humanizing the Regulatory State**. Chicago, Londres: Chicago University Press, 2014. SUNSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. Nova York: Simon & Schuster, 2014.

³⁹ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law and Leviathan: redeeming the Administrative State**. Cambridge: The Belknap Press, 2020. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei & Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. Trad. Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Contracorrente, 2021.

⁴⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34-39.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

Na dimensão prático-normativa, haverá um levantamento dos atos regulatórios/administrativos em questão controvertidos em lides por iniciativa dos agentes regulados e do poder público no Sistema de Justiça. Nessa linha, torna-se fundamental a utilização de método de pesquisa jurisprudencial, sendo que aqui se adota o fluxo sistematizado por Bonacorsi, Feferbaum e Pinheiro⁴³. Nesse sentido, o recorte metodológico imaginado no que diz respeito à investigação jurisprudencial proposta tem as seguintes clivagens: (i) institucional (julgados do STF); (ii) temático (controle jurisdicional de atos regulatórios expedidos pela Anvisa e órgãos técnicos a propósito do fornecimento de medicamentos e tratamentos terapêuticos); (iii) temporal (casos recentemente julgados); e (iv) classe processual (recursos extraordinários e especiais afetos à sistemática da repercussão geral).

Logo, na dimensão comentada a perquirição dogmática partirá do litígio - com o fito de formar um banco de dados próprio - em direção à decisão, perpassando pela dinâmica regulatória e dos diálogos institucionais. Em função da estratégia referente à eleição desses casos exemplares, **esta tese filia-se a uma concepção de pesquisa essencialmente qualitativa, por sua vez complementada por formulações teóricas com referências empíricas.**

Finalmente, o **roteiro deste empreendimento científico** é concebido como desdobramento das premissas expostas. Então, além desta introdução e de conclusão, possuirá **três capítulos**.

No **primeiro**, serão tematizados, de início, os pressupostos transversais a toda pesquisa referente ao neoconstitucionalismo e à constitucionalização do direito administrativo regulatório e do direito sanitário e, depois, os caracteres mais elementares do direito à saúde. Isso redundará na imprescindibilidade de uma descrição compreensiva das normas constitucionais a ele pertinentes. Referida argumentação desembocará em uma análise típica da teoria geral dos direitos fundamentais, com a finalidade de a partir da dimensão objetiva de o direito à saúde extraem-se os deveres regulatórios do Estado nessa seara. Ainda aqui, serão traçadas as bases gerais do Estado Regulador e como sua feição mais contemporânea se aplica ao direito à saúde, inclusive como modelo preconizado na Constituição de 1988.

Noutro giro, a dinâmica regulatória e governamental das instituições com incumbências constitucionais ou legais será o assunto do **segundo capítulo**. Com esteio no sistema de freios e contrapesos operado empiricamente no cenário brasileiro, constará na tese um

⁴³ PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?. FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 109.

desenvolvimento das variáveis relacionadas à dimensão atitudinal de Cortes Supremas, inseridas em um espectro amplo marcado por variáveis como ativismo judicial, deferência institucional e abnegação jurisdicional. Assim, a finalidade será analisar a formação do modelo do Estado Administrativo, com ênfase em seu desenvolvimento no contexto norte-americano, e avaliar se essa estrutura jurídica pode ser aplicada de maneira adequada à realidade brasileira. Portanto, o capítulo visará examinar as modalidades de controle judicial sobre atos regulatórios, com o objetivo de identificar critérios claros que orientem a atuação judicial nas políticas públicas de saúde e delimitem quando a intervenção judicial em atos administrativos é justificada ou deve ser evitada no contexto das políticas sanitárias. Forte nestas premissas, esta parte a pesquisa terá condições de construir um modelo normativo apto a aferir, em momentos seguintes desta tese, a correção formal e material das opções regulatórias e administrativas submetidas ao crivo jurisdicional estrutural do STF em sede de repercussão geral.

No **terceiro capítulo**, pretende-se analisar como o STF tem tratado do assunto, desde uma vulnerável vertente individual até chegar em uma mais robusta análise coletiva tradicional e finalmente na sofisticada e flexível abordagem estrutural, diante da coleta das decisões judiciais selecionadas segundo a técnica da pesquisa jurisprudencial para compor a base informacional própria desta tese, bem como à análise desses dados primários, de acordo com as variáveis e a codificação já mencionadas. Com efeito, ao empreender análise de discurso e da argumentação jurídica do material precípua desta tese, é esperado que se consiga corroborar a hipótese básica enunciada e responder satisfatoriamente o problema de pesquisa.

1 A DIMENSÃO INSTITUCIONAL E REGULATÓRIA DO DIREITO À SAÚDE

Este capítulo inaugural tem por propósito investigar se é juridicamente viável extrair do direito fundamental à saúde um dever-poder estatal vertido na concepção e na execução de políticas públicas sociais e econômicas no sentido do bem-estar humano, mediante o exercício da função administrativa da regulação. Com efeito, objetiva-se identificar os elementos básicos da dimensão regulatória e institucional do direito à proteção e à promoção da saúde.

Para alcançar esse intento, tirante este preâmbulo introdutório, o itinerário argumentativo do capítulo divide-se em cinco partes. De início, importará estabelecer os fundamentos que resultarão na adoção do neoconstitucionalismo enquanto chave analítica da fenomenologia jurídica pertinente à proteção e à promoção da saúde. Portanto, com esteio em um movimento constitucionalizador pretende-se perquirir o neoconstitucionalismo a partir de sua multiplicidade conceitual. Então, espera-se demonstrar a pertinência científica de assumindo-o como parâmetro de análise do direito fundamental à saúde.

Em segundo lugar, a atenção do empreendimento científico se deslocará para os antecedentes sociais, políticos e jurídicos pertinentes à afirmação do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. Sem maiores pretensões historiográficas, a pretensão consistirá em avaliar a evolução das representações da saúde pública na sociedade brasileira, das oportunidades derivadas da cultura política para imputar ao Estado deveres atinentes ao direito sanitário, inclusive de universalização, e do tratamento constitucional conferido ao direito à saúde. Com base nisso, será melhor compreensível o soerguimento do direito sanitário, na condição de ramo jurídico autônomo e constitucionalizado, no ordenamento brasileiro.

Terceiro lugar: diante do processo de constitucionalização do direito à saúde, objetiva-se contextualizar este na arquitetura da Seguridade Social erigida na Constituição de 1988. Com efeito, almeja-se explicitar a relevância constitucional da saúde em suas modalidades pública, complementar e suplementar, tal como percebida na experiência recente no Brasil. Sendo assim, na parte em comento, importa lançar as bases conceituais de matiz constitucional que guiarão transversalmente toda tese. Nesse sentido, parte-se da conceituação dessa realidade normativa, visando ao estabelecimento de acordos semânticos intersubjetivos, para chegar-se à moldura constitucional desse direito fundamental, perpassando pela contextualização da juridicização da saúde no país.

A quarta seção do capítulo cuidará de esgrimir, em suas minúcias, o regime jurídico do direito fundamental à saúde. Por conseguinte, espera-se extrair produto consistente em uma interpretação constitucionalmente adequada do conteúdo jurídico do direito à saúde. Nessa

toada, o esforço científico e argumentativo se centrará em questionamentos jurídicos exprimíveis em dupla fundamentalidade, nas dimensões objetiva e subjetiva, na identificação dos titulares e dos destinatários, nos limites e restrições, em problemas de aplicabilidade imediata, eficácia e efetividade, tudo relacionado a esse direito fundamental. Ao fim, espera-se compreender a promoção à saúde enquanto dever estatal de estatura constitucional e o Sistema Único de Saúde na qualidade de garantia institucional fundamental.

Ato contínuo, a quinta parte se centrará na extração da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde de um dever de regular ações e serviços de interesse à saúde. Com isso, intenciona-se tornar claro o conjunto de aspectos jurídicos emanados das dimensões institucional e regulatória do direito sanitário.

Enfim, pretende-se avaliar a conveniência e a compatibilidade do conceito de Estado Regulatório no âmbito do direito sanitário. Ainda, torna-se necessário introduzir o debate regulatório brasileiro por meio do conceito de Constituição Econômica diante do Estado Social.

A partir desse ponto de chegada, acredita-se ser possível reputar alcançado um dos objetivos específicos da tese e aportar em capítulo seguinte considerações à regulação em saúde, sobretudo sob o prisma da Constituição Econômica.

Justifica-se, portanto, esse roteiro argumentativo em função de duas premissas de raciocínio. Primeira, parte-se do entendimento de Justen Filho no sentido de que “o núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. A invocação ao interesse público toma em vista a realização de direitos fundamentais”⁴⁴. Decerto, essa afirmação revela-se válida na concretização dos deveres do Estado Regulador, à luz dos pressupostos e das finalidades referentes ao direito administrativo regulatório.

Segunda, sob o prisma do direito econômico, comunga-se da compreensão de Vieira de Carvalho, quando afirma que “os dispositivos da Constituição Econômica Brasileira (...) conferem ao Estado Brasileiro, em sua nova feição de Estado Social, o indispensável suporte para disponibilizar a seus cidadãos os serviços considerados essenciais à convivência e à integração sociais”⁴⁵. Portanto, demonstra-se lógico que a conformação empírica e institucional do direito à saúde no Brasil se paute na centralidade dos direitos fundamentais no Estado Constitucional no particular e, no geral, do constitucionalismo democrático ou do neoconstitucionalismo em suas múltiplas acepções.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 45.

⁴⁵ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 161.

1.1 Limites e condições do neoconstitucionalismo como chave de leitura

Em uma frase sintética, “constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat)”⁴⁶. Sendo ainda a relação entre constituição e constitucionalismo contingencial, como adverte Barroso, é praticamente ocioso afirmar que o Estado moderno surge sem Constituição em sentido estrito. Na verdade, as deficiências do absolutismo ocasionam as condições de possibilidade para o surgimento de formas de controle do poder emanados de um movimento constitucionalizador. Conforme Streck, “esse movimento se deu em diferentes formas nos diversos Estados em que se forjou. Pelas especificidades de cada engendramento histórico, pode-se falar em diferentes constitucionalismos, que vão gerar, mais tarde, derivações em diferentes Estados-Nacionais”⁴⁷. Para além da comparação espacial, é na própria historicidade do constitucionalismo que se percebe a multiplicidade desse fenômeno, porquanto cada doutrina constitucional exsurge em período histórico específico, de modo que inexiste propriamente uma relação de continuidade. Sendo assim, nos dizeres de Fioravanti, não há apenas um constitucionalismo, na qualidade de conjunto de sucessos contínuos, mas sim várias doutrinas de constituição, marcadas por rupturas e continuações.⁴⁸

Na condição de movimento balizador do político, pode-se afirmar que o constitucionalismo moderno pautou-se fundamentalmente em três ideias - a invenção do indivíduo, o contratualismo e a juridificação progressiva da política -, cuja amálgama deu origem a uma forma de organização política própria exteriorizada a partir das revoluções burguesas.⁴⁹ Logo, a utilização do termo revela-se relativamente recente na tradição jurídica, com menos de trezentos anos, tendo em conta se tratar de uma síntese das experiências revolucionárias inglesa, francesa e norte-americana.

No caso luso-brasileiro, é possível chegar-se à afirmação de que o fenômeno totaliza um pouco mais de dois séculos, considerando o primeiro monumento legislativo codificador do nosso constitucionalismo moderno, a despeito de o denominado constitucionalismo histórico

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 32.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1.

⁴⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Trad. Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014.

⁴⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 8.

deitar raízes no legado romanístico e visigótico, desde o século XII, que marcou a originalidade ibérica no tópico. Nas palavras de Cunha, “o constitucionalismo moderno foi, como se sabe, implantado em Portugal com a revolução liberal de 1820, e institucionalizado com a Constituição de 1822, de efêmera vigência, mas plena de significado simbólico e repercussões práticas”⁵⁰. No Brasil, é em 25 de março de 1824 que restou outorgada a Constituição Política do Império.

Com referência ao constitucionalismo democrático, após o desenvolvimento desse processo sob vieses liberal e social, este situa-se no contexto pós-bélico, sendo comum a assinalação da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, assinada em maio de 1949, como importante marco dessa nova coloração do movimento constitucionalizador. A título ilustrativo, advoga Sarlet que as influências desse diploma na realidade brasileira se expressam por força do impacto da doutrina e da jurisprudência constitucional germânicas para a teoria da Constituição, especialmente no campo da teoria e prática dos direitos fundamentais e do sistema de controle de constitucionalidade.⁵¹ No Brasil, verifica-se o uso e a positivação constitucional (art. 1º, CFRB/88) do termo Estado Democrático de Direito para fins de qualificar a exigência de legitimidade que se passa a demandar da esfera pública, onde se inclui o ente estatal.

Sendo assim, há pelo menos três orientações desse tipo de Estado, por sua vez passíveis de classificação como formal, intermediária e material.⁵² Em um sentido débil, contempla-se a conjunção da universalidade do voto e dos princípios do Estado de Direito, notadamente legalidade, separação dos poderes e direitos fundamentais, e de garantias sociais mínimas demandadas pela sociedade atual. No plano intermediário, além da universalidade dos votos, os mencionados princípios são enriquecidos. A legalidade passa a identificar-se como juridicidade, em que se torna um dado a ampliação da participação do corpo cívico nos processos deliberativos institucionalizados no âmbito da esfera pública, inclusive na seara legislativa. A separação dos poderes passa a exigir maior independência judicial, logo ao Judiciários e aos juízes são conferidos um conjunto mais alargado de competências para fiscalizar os atos dos demais poderes, sem que seja mais possível obstaculizar essa experiência com base em argumentos de insidicabilidade judicial deles, tais como uma absoluta

⁵⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constitucionalismo moderno: origens e futuros (1820-2023)**. Coimbra: Almedina, 2023, p. 45.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 7, p. 89-95, abr./jun. 2009, p. 92-94.

⁵² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 70-75.

discrecionalidade administrativa ou a doutrina de questões políticas. Por sua vez, converte-se em atributo indispensável que as decisões administrativas e políticas se submetam a testes de proporcionalidade e de razoabilidade, pressupondo, então, o soerguimento da constituição ao patamar de parâmetro de todo agir estatal, bem como a fonte da constitucionalização dos ramos do Direito. Por fim, em uma acepção material ou forte de Estado Democrático de Direito, o enfoque do raciocínio passa a ser as enunciações práticas, a realidade, a efetividade, além de um processo de republicanização da democracia. No que toca à separação dos poderes, Sampaio pinta o que seguinte quadro:

A separação de poderes que, no modelo social, já havia rompido com a distinção entre Estado e sociedade, reforça a inter-relação tensa, mas necessária, entre eles. Há, por outro lado, uma revalorização do juiz constitucional, a ponto de admitir-se o controle de constitucionalidade mesmo das definições orçamentárias e das políticas públicas, embora, no fundo, reconheça-se que a restauração do parlamento como centro decisório em conexão com uma administração pública entre legalista e dialógica, mas sempre programada e eficiente, seja o meio mais adequado de realização duradoura e consequente das finalidades emancipacionistas do Estado democrático. Essa tarefa do juiz constitucional é, no fundo, um paradoxo: para restaurar a democracia (notadamente seu efeito socialmente redistributivo), autoriza-se um grupo pequeno, seletivo e não eletivo de agentes públicos a corrigir ou mesmo impor o projeto de governo. Um falso paradoxo, todavia, pois se resolve com a intervenção de uma sociedade militante que seja capaz de interferir na agenda política de modo efetivo, ampliado o lastro de legitimidade e de poder relativo do parlamento. Trata-se, nitidamente, de um modelo prescritivo de Estado.⁵³

No caso brasileiro, a partir da redemocratização, da instauração da Nova República e do advento da Constituição de 1988, o tema das condições políticas, econômicas e sociais de produção do direito posto vertido no debate entre positivistas normativistas e adeptos de um direito dito alternativo cede lugar a indagações jurídicas sobre a efetividade das normas constitucionais⁵⁴ ou a criação de uma dogmática constitucional emancipatória⁵⁵. Por conseguinte, nos primeiros anos da vigente ordem, entram em voga debates sobre a defesa da normatividade da Constituição, a legitimidade substancial do poder político, passando-se a falar em uma doutrina constitucional da efetividade, segundo o qual importa menos discutir a eficácia jurídica ou a aplicação das normas e mais a eficácia social ou os mecanismos para a real aplicação da norma, sua efetividade. Nessa linha, são premissas de raciocínio que “as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de forma tal que possibilitem a pronta

⁵³ Ibid., p. 73-74.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁵⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33-52.

identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados” e que “tais posições jurídicas devem ser resguardadas por instrumentos de tutela adequados, aptos à sua realização prática”⁵⁶.

Um pouco antes disso, também influenciou o ideário publicista nesse momento de transição celebrado com a promulgação da CRFB/88 a teoria do constitucionalismo dirigente, cujo exemplo legiferante mais ilustrativo é a Constituição portuguesa de 1976, produto da Revolução dos Cravos. Como pano de fundo, estão os pressupostos de que a justiça social se vincula aos pilares de um modelo igualitário de organização da economia, assim como que a indispensável transformação da sociedade passa por instrumentos do constitucionalismo democrático. No caso português, essa visão das normas constitucionais recebeu tratamento dogmático da pena de J. J. Gomes Canotilho, cuja tese de doutoramento⁵⁷ certamente inspirou, no Brasil, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.⁵⁸ A teoria da Constituição defendida pela obra significava que o texto constitucional se revela tanto estatuto jurídico do Estado e da sociedade, quanto norma e tarefa do processo político social.

Na recepção brasileira, contudo, a ênfase originária na participação popular como mecanismo vocacionado à concretização dos objetivos delineados pelas normas programáticas cedeu lugar à efetivação judicial da Constituição, emanada de novos institutos dogmáticos e processuais. Conjectura-se que essa adaptação de mirada pode ser creditada à condição periférica do país, porquanto as promessas da modernidade não se concretizaram para massiva parcela da população e a democracia representativa apresentaria funcionamento distorcido.⁵⁹

Sendo assim, à luz da Constituição de 1988 e da realidade brasileira, parcela da doutrina constitucionalista defende iterativamente a pertinência e a atualidade da teoria do constitucionalismo dirigente. Isso porque as soluções engendradas pelo intérprete do texto constitucional devem, necessariamente, guardar adequação e coerência com a ideologia constitucionalmente adotada, dado que esta vincula aquele. Na esteira de Bercovici, diante da vocação da atual ordem constitucional em transformar a realidade, “o grande problema da Constituição de 1988 é o de como aplicá-la, como realizá-la, ou seja, trata-se da concretização constitucional. E (...) não faltam meios jurídicos para tanto. Não se reclamam mais direitos, mas

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, p. 30-60, 1994, p. 36.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2001.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

garantias de sua implementação”⁶⁰. Por outro lado, em relação ao Poder Legislativo, Sarmento e Souza Neto bem esclarecem que “a questão central é identificar em que medida o conteúdo material fixado no programa constitucional é determinante para a atividade legislativa, definindo o próprio teor das decisões políticas tomadas pelas gerações futuras”⁶¹, afinal a Constituição dirigente não se limita a estabelecer limites e processos a serem observados pelo sistema político, mas também aportam normas que definem finalidades políticas e econômicas.

Feito esse longo arco conceitual, desde as origens do movimento constitucionalizador até os constitucionalismos dirigente e da efetividade, torna-se possível enfrentar a seguinte indagação: o que há de novo no neoconstitucionalismo?

De plano, as origens do neoconstitucionalismo remontam ao contexto europeu continental, sobretudo nos ambientes acadêmicos da Espanha e da Itália, sendo quase concomitantemente recepcionados e desenvolvidos no contexto latino-americano no geral e no brasileiro em específico. Assim, a maternidade do termo é atribuída a uma de suas principais críticas, a italiana Susanna Pozzolo, no contexto de congresso realizado em 1997, em Buenos Aires, Argentina.⁶² É possível, ainda, identificar em coletâneas organizadas, de 2003 a 2010, pelo mexicano Miguel Carbonell uma importante sistematização dos fundamentos teóricos dessa nova mirada ao empreendimento de limitação do poder político em favor de direitos do cidadão⁶³.

No pensamento de Carbonell, semelhante pluralidade conceitual encontrada no termo constitucionalismo pode ser encontrada no neoconstitucionalismo, de modo que se depreende do significante pelo menos três dimensões pertinentes aos textos constitucionais, práticas judiciais e teorias constitucionalistas⁶⁴. No caso brasileiro, encontra-se na obra de Luís Roberto Barroso particular esforço de construção e consolidação desse fenômeno. Para ele, o neoconstitucionalismo é concebível como marco histórico traduzível no Estado Constitucional. arcabouço filosófico identificado no pós-positivismo e teoria centrada na normatividade da

⁶⁰ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999, p. 46-47.

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 196.

⁶² CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. As Várias Faces do Neoconstitucionalismo. QUARESMA, Regina et al (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 356-357.

⁶³ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. CARBONELL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007. CARBONELL, Miguel. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

⁶⁴ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício (coord.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9-10.

Constituição, em uma nova interpretação constitucional e na expansão das incumbências e da importância da jurisdição constitucional na esfera pública.

De todo modo, caso entendido o conceito em comento na condição de desdobramento do constitucionalismo moderno, como o faz Barcellos⁶⁵, nada obstante as definições de Carbonell e Barroso assumam status canônico e diretivo, permanece o desafio de um acordo semântico a respeito do termo neoconstitucionalismo. Segundo Sarmento, isso é explicado, em parte, pela heterogeneidade das premissas teóricas da categoria⁶⁶, a começar, por exemplo, na ausência de perfeita coincidência entre o movimento neoconstitucional e o pós-positivismo, apesar da interdependência e das inúmeras convergências.

Postas essas complexidades, opta-se por seguir a trilha de Vieira de Carvalho Neto⁶⁷, de maneira a reconhecer a existência de um novo contexto constitucional em marcha de edificação, caracterizado, ilustrativamente, pela normatividade dos princípios, pela integração da ideia de justiça na essência do discurso jurídico, sem incorrer em paralisia operacional diante da multiplicidade conceitual, seja do neoconstitucionalismo, seja do pós-positivismo. No mais a mais, contenta-se com a expressão sintética lograda por Souza Neto e Sarmento:

O pós-positivismo se liga diretamente ao ambicioso modelo constitucional que tem se difundido nas últimas décadas, que vem sendo designado por diversos autores como neoconstitucionalismo. O neoconstitucionalismo envolve simultaneamente mudanças nos tipos de constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente. Ele está associado a diversos fenômenos reciprocamente implicados, seja no campo empírico, seja no plano da dogmática jurídica, que podem ser assim sintetizados:

- a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e
- e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁶⁸

⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria Da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 33-34.

⁶⁷ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 7.

⁶⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 202.

Em suma, ainda que ciente das possibilidades de atribuição de sentidos ao conceito neoconstitucional a partir de seus impactos no modelo de organização política, ideologia, metodologia, teoria do direito, paradigma científico⁶⁹, considera-se suficiente a justificação no tópico apresentada de adoção do neoconstitucionalismo como chave de análise do objeto de pesquisa, pelo menos em termos de opções metodológicas e argumentativas assumidas pela tese. De modo ilustrativo, pode-se citar a ênfase conferida na efetivação judicial do direito fundamental à saúde, até para fins de controle amplo da juridicidade das decisões administrativas e políticas nessa temática, implicando, compensatoriamente, em maior atenção na argumentação jurídica formulada por juízes constitucionais no específico e, em geral, na valorização da razão prática no âmbito do Direito.

De pronto, comungando-se da proposição de Moura Borges e Vieira Junior, segundo a qual diante de uma pluralidade de possibilidades conceituais torna-se cabível e desejável “um neoconstitucionalismo que respeite o jogo democrático, que reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento jurídico, pela atuação firme e racional de um Judiciário que assegure a proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia”⁷⁰.

1.2 Antecedentes sociais, políticos e jurídicos à afirmação do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988

Diante da centralidade que assume a teoria da constituição nos raciocínios teóricos e práticos do Direito no âmbito do neoconstitucionalismo e do deslocamento do eixo gravidade desses à teoria geral dos direitos fundamentais, esta seção será pautada na arquitetura da saúde na Constituição de 1988. O objetivo não se revela de execução simplificadora, pois ao longo de todos os títulos se depreende uma série de normas constitucionais com repercussões diretas na fruição do direito fundamental à saúde. Assim, revela-se indispensável efetuar alguns recortes metodológicos, com a finalidade de evidenciar os parâmetros constitucionais mais pertinentes ao objeto da pesquisa. O principal deles é o enfoque precípua em seção específica referente à

⁶⁹ FONSECA, Reynaldo Soares da; FONSECA, Rafael Campos Soares da. O futuro do constitucionalismo democrático e a contribuição de Luís Roberto Barroso. COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de (coord.). **Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas: homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso**. Tomo 1. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 83-89.

⁷⁰ BORGES, Antônio de Moura; VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, v. 9, n. 1, p. 107-140, jan./jun. 2015, p. 137.

saúde no texto constitucional (arts. 196 a 200, CRFB/88), de maneira a simplificar o esforço argumentativo no tópico, diante da ocorrência de mais de uma centena de referências ao termo “saúde” na versão atual da Constituição de 1988.

Uma consequência imediata dessa escolha metodológica faz-se presente no tratamento apenas indireto a temas mais gerais, remetendo-se a esforço acadêmico prévio eventuais interessados nesse tipo de perspectiva⁷¹. Por exemplo, a história da saúde ou da medicina social no Brasil e o arco histórico de consolidação normativa desse direito, inclusive o ato de positivizar nas sucessivas constituições da tradição nacional, serão abordados, quando estritamente necessário, em argumentos fincados na da evolução do direito fundamental à saúde e no destaque à opção política inovadora de incluir seção específica à saúde dentro da Ordem Social vis-à-vis a trajetória constitucional antecedente.

De início, revela-se escorreito que “a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite concluir que os direitos fundamentais não sejam os mesmos em todas as épocas”⁷², conforme explanação de Gonet Branco. Nesses termos, importa saber que, desde o período colonial até o corrente momento democrático, a saúde foi objeto de significativas variações em suas significações sociais, de acordo com a cultura política vigente, o que, decerto, refletiu-se na sua representação no ordenamento jurídico. Para Asensi, é viável reconhecer que o tratamento social da saúde se demonstrou pautado, pelo menos, por três concepções: enquanto favor; enquanto serviço derivado de um direito trabalhista ou na qualidade de serviço privado; e enquanto direito⁷³. A partir dessas noções, desenhou-se no Brasil uma institucionalidade no bojo do Estado e das instituições jurídicas.

Na qualidade de benesse estatal, a saúde coletiva foi dispersamente tratada por longos séculos, o que perpassou pela criação dos cargos de físico-mor e cirurgião-mor no século XVI, na constatação de que no final do século XVIII o país contava com menos de uma dezena de médicos formados nas universidades europeias, em constantes surtos epidêmicos de varíola e de febre amarela. Desse modo, “a fase imperial da história brasileira encerrou-se sem que o Estado solucionasse os graves problemas de saúde da coletividade. Tentativas foram feitas, mas

⁷¹ FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 25-37.

⁷² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 139-140.

⁷³ ASENSI, Felipe Dutra. **Saúde, sociedade e judiciário: estratégias de reivindicação em Portugal e no Brasil**. Lisboa: Editorial Juruá, 2013, p. 130.

sem os efeitos desejados (...) no final do Segundo Reinado o Brasil mantinha a fama de ser um dos países mais insalubres do planeta”⁷⁴.

De 1889 a 1930, a primeira república é certamente o período mais estudado da historiografia da saúde no Brasil, em que a medicina social passa a tematizar a saúde, e não mais a doença, e ocorre um processo de medicalização da sociedade brasileira⁷⁵. Para os fins desta tese, importa que, apesar do desenvolvimento do sanitarismo e de ações campanhistas, da difusão do saber e do poder médico na sociedade e no enfrentamento de epidemias e pandemias (v.g. febre amarela, gripe espanhola), processos simbolizados pela reestruturação da Diretoria Geral de Saúde Pública levada a efeito por Oswaldo Cruz no governo Rodrigues Alves e pela implantação de Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAP) a partir da Lei Elói Chaves, de 1923, ainda sim “havia (...) uma dicotomia entre ações de prevenção e controle, como responsabilidade do Estado, e ações médico-assistenciais, conforme a lógica previdenciária, filantrópica ou liberal”⁷⁶. Pode-se dizer que o termo responsabilidade deve ser tomado com certa condescendência, porquanto também nesse período inaugural da República prevaleceu uma visão da saúde como um favor estatal pelos atores sociais. Afinal, “principalmente a partir da adoção de medidas curativas e campanhísticas que marcaram o período, a saúde foi alçada a assunto de Estado, porém, ainda assim, a sua exigibilidade pelos cidadãos restou submetida à discricionariedade do poder público”⁷⁷.

Em seguida, desde a revolução de 1930 liderada por Getúlio Vargas até os êxitos obtidos pelo movimento sanitarista na redemocratização da década de 1980, é possível dizer que a saúde se mercantilizou de um lado e, de outro, atrelou-se umbilicalmente às questões previdenciárias e trabalhistas. Nessa linha, pode-se falar da saúde enquanto serviço público, desde que derivada de um direito laboral, ou privado.

Apesar dos avanços logrados, por exemplo, com a criação dos Ministérios da Educação e Saúde Pública, com ações de combate às doenças, e do Trabalho, responsável pela medicina previdenciária, pela transformação das CAPs em Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP), pela criação do Serviço Especial de Saúde Pública (SESP), a ação estatal remanesceu dicotômica: “de um lado, tem-se a saúde pública, de caráter preventivo e conduzida por meios

⁷⁴ BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2006, p. 10-11.

⁷⁵ NUNES, Everardo Duarte. Sobre a história da saúde pública: ideias e autores. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 5, n. 2, p. 251-264, 2000, p. 253.

⁷⁶ SAMPAIO, José Jackson Coelho; GARCIA FILHO, Carlos; FARIAS, Mariana Ramalho de; GOMES, Valéria Bastos. História das políticas públicas de saúde no Brasil e no mundo. MOREIRA, Thereza Maria Magalhães (coord.). **Manual de Saúde Pública**. 2 ed. Salvador: Sanar, 2019, p. 28.

⁷⁷ ASENSI, Felipe Dutra. op. cit., loc. cit.

de campanhas e, de outro, a assistência médica de caráter exclusivamente curativo, conduzida pela ação dos institutos de previdência”⁷⁸.

Há, igualmente, progresso na experiência democrática vicinal iniciada em 1945. A título de ilustração, pode-se citar a construção de hospitais progressivamente maiores em quantidade e extensão em mimetismo ao modelo norte-americano, as ações do SESP e do Departamento Nacional de Endemias Rurais e o surgimento incipiente da medicina de grupo privada marcada por empresas que se vocacionaram a prestar serviços médicos aos funcionários de empresas insatisfeitas com a qualidade da prestação realizada pelos IAPs.

O mesmo pode ser dito em relação aos mais de vinte anos de recessão democrática representado pelo regime militar. Ilustrativamente, houve a unificação organizacional no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em 1966, o que salvaguardou assistência médica aos trabalhadores formais contribuintes. Em 1977, deu-se a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social composto por três órgãos, dentre os quais o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), por sua vez voltado aos serviços de assistência médica. Isso terminou por consolidar, de um lado, a competência do Ministério da Previdência pautada na assistência médica e a medicina preventiva quedou-se nas atribuições do Ministério da Saúde. Com nítida opção governamental pela medicina curativa, afirma-se que “o modelo de saúde dessa época privilegiava a prática médica assistencial e especializada, centrada nos grandes hospitais, e ofertada de forma excludente, pois garantia acesso apenas aos contribuintes da previdência”⁷⁹.

Por conseguinte, houve nesse período uma reorientação institucional na administração estatal, o que acarretou política de saúde deslocada do sanitarismo campanhista, oriundo da Primeira República, e do curativismo de atenção médica previdenciária pertinente ao período populista. Na esteira de Luz, “a saúde passou então a ser vista como um bem de consumo. Especificamente, um bem de consumo médico”⁸⁰.

Em resumo, prevaleceu por quase meio século essa visão da saúde como serviço privado ou público de caráter contributivo e previdenciário-trabalhista. Esse estado da arte marcou-se por reduzido acesso aos serviços e ações de saúde, pois o cidadão que o usufruía ou era trabalhador em sentido estrito, com vínculos empregatício e à previdência social, ou detinha condições econômicas para arcar com os custos dos planos privados.

⁷⁸ SAMPAIO, José Jackson Coelho; GARCIA FILHO, Carlos; FARIAS, Mariana Ramalho de; GOMES, Valéria Bastos. op. cit., p. 29.

⁷⁹ Ibid., p. 30.

⁸⁰ LUZ, Madel Therezinha. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática": anos 80. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 1, n. 1, p. 77–96, 1991, p. 82.

Impende perceber que o direito não restou ileso às alterações de concepção da saúde, bastando recorrer a uma leitura panorâmica dos ditames constitucionais pertinentes ao tema ao longo do período republicano⁸¹. A despeito de manifestações esparsas referentes em textos anteriores, como, por exemplo, a garantia dos socorros públicos ou a saúde dos cidadãos na condição de limite às liberdades de iniciativa e profissional, conforme o art. 179, incisos XXIV e XXXI, da Constituição imperial de 1824, costuma-se referenciar a Constituição republicana de 1934 como a primeira experiência de constitucionalização da saúde. Na esteira do constitucionalismo social, nela constavam as competências da União para legislar privativamente sobre assistência social (art. 5º, inciso XIX, alínea “c”, CR/1934) e dos Estados para cuidar da saúde e da assistência pública (art. 10, inciso II, CR/1934), bem como explicitações de um sanitarismo campanhista (v.g. competência da União para organizar o serviço nacional de combate às grandes endemias – art. 140, CR/1934) e repercussões da saúde como direito trabalhista e previdenciário (v.g. obrigatoriedade da observância pela legislação do trabalho do preceito de assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado – art. 121, §1º, alínea “h”, CR/1934). Logo, bem conclui Sarlet que, antes da Constituição de 1988, “as referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores”⁸².

Enfim, esse caldo de desigualdade social e insatisfação popular com a política oficial de saúde imaginada pelos governos militares culminou nas condições sociológicas para surgir a vigente concepção de saúde enquanto direito. Com efeito, o Movimento Brasileiro de Reforma Sanitária (MBRS) foi ao encontro da mobilização social em prol das Diretas Já.

O MBRS ganha força no Brasil a partir da década de 1970, buscando resistir ao modelo de assistência de saúde então vigente e defender a universalização e democratização da saúde enquanto direito fundamental. Nesse sentido, inseriu-se dentro de um fenômeno mais amplo de reivindicações da sociedade civil que almejava a democratização dos processos políticos. No campo da saúde, pode-se destacar a rejeição a uma gestão centralizada e autoritária das políticas, a ampliação do acesso a esse direito de todos e dever estatal, a participação e o

⁸¹ RAEFFRAY, Ana Paulo Oriola de. **Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260 e ss.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário à Seção II da Saúde. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1925-1926.

controle sociais em todas as etapas das ações nessa seara, a promoção de uma visão desmedicalizada da saúde.

Na década seguinte, o movimento ganhou visibilidade e tração em amplos segmentos sociais, conquistando bases institucionais e políticas para a perspectiva reformista, desde candidatos a cargos eletivos com pauta alinhada ao MBRS até a mobilização institucionalizada. Realizada em Brasília entre 17 a 21 de março de 1986, é comum na literatura a identificação da VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS) como foco consolidador e aglutinador dos múltiplos atores envolvidos nas temáticas da saúde. A título de reminiscência história, curioso perceber que as conferências desse tipo surgiram a partir da Lei nº 378/1937, que dava no âmbito do Estado Novo uma nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública varguista. No art. 90 desse diploma, previa-se esse evento, convocado pelo Presidente da República, para que o governo federal levasse ao conhecimento dos demais entes atividades concernentes à educação e à saúde, realizadas em todo país. Em síntese, ao longo de quase meio século, o mesmo lócus passa de uma concepção autoritária e centralizadora para o seu oposto.

Assim, os debates e as recomendações veiculadas nesta Conferência aportaram subsídios para, pelo menos, três conquistas fundamentais para a efetivação do direito à saúde: a inclusão de dispositivos próprios relacionados à saúde na nova constituição, a implementação de uma reforma sanitária e a ampliação da legitimidade do movimento sanitária da formulação à execução das políticas públicas em saúde em todos os níveis federativos. Os três motes da CNS foram justamente saúde como direito, reformulação do sistema nacional de saúde e financiamento setorial.

De acordo com Asensi, “as questões e demandas tratadas na Conferência se constituíram como uma verdadeira prévia dos temas sociais a serem cristalizados na Constituição (...) o relatório final da Conferência, inclusive, serviu de referencial para os trabalhos da Constituinte”⁸³. Nesses termos, a saúde passa a ser defendida como política de Estado, em direção à universalização desse direito, pautada em linguagem constitucional nos princípios da universalidade, integralidade, descentralização e participação popular. Da leitura do relatório final, depreende-se um diagnóstico no sentido de que há um sistema anárquico, pouco eficiente e eficaz, em que predominam interesses de empresários da área médico-hospitalar e sem crédito junto à população, bem como a seguinte concepção de saúde enquanto direito, no que mais importa para esta tese:

⁸³ ASENSI, Felipe Dutra. Op. cit., p. 139-140.

2 – A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

4 – Esse direito não se materializa, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade do Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. Entre outras condições, isso será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população.

11 – O Estado tem como responsabilidades básicas quanto ao direito à saúde:

- a adoção de políticas sociais e econômicas que propiciem melhores condições de vida, sobretudo, para os segmentos mais carentes da população;
- definição, financiamento e administração de um sistema de saúde de acesso universal e igualitário.
- operação descentralizada de serviços de saúde;
- normatização e controle das ações de saúde desenvolvidas por qualquer agente público ou privado de forma a garantir padrões de qualidade adequados.⁸⁴

No campo normativo, tencionou-se constitucionalizar a evolução dos sistemas de proteção estabelecidos pela legislação ordinária anterior, desde o Sistema Nacional de Saúde instituído pela Lei nº 6.229/1975 até o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), por força e obra de decreto presidencial.⁸⁵

Portanto, mediante essas considerações, objetivou-se, de um lado, contextualizar o fenômeno da constitucionalização da saúde enquanto direito no vigente ordenamento jurídico e, de outro lado, destacar a mobilização social levada a efeito no movimento de reforma sanitária na condição de parte integrante do momento constitucional que ecoou na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, à luz das projeções teóricas de Zaiden⁸⁶ ao modelo dualista de democracia propugnado por Ackerman⁸⁷.

1.3 Constitucionalização, direito sanitário e saúde

Esta seção tem por desiderato esboçar uma moldura conceitual e institucional a propósito do tratamento conferido pela Constituição da República de 1988 ao tema da saúde. Em sentido prévio, irá exigir uma série de aproximações à instituição de um ramo da Ciência

⁸⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **8ª Conferência Nacional de Saúde - Relatório Final**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986, p. 4-7.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., loc. cit.

⁸⁶ BENVINDO, Juliano Zaiden. The seeds of change: popular protests as constitutional moments. **Marquette Law Reviews**, n. 99, p. 363-426, 2015, p. 424-426.

⁸⁷ ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. v. 1. Cambridge: the Belknap Press, 1991, p. 3-33.

do Direito dedicada à matéria, denominado direito sanitário, para, em seguida, demonstrar os impactos em seus domínios do fenômeno da constitucionalização do direito. Fixadas essas balizas, objetiva-se estruturar de maneira sistematizada as normas constitucionais, no mínimo as mais relevantes, as quais são responsáveis por construir uma nova ordem, pelo menos para fins didáticos, referente ao constitucionalismo sanitário. Segundo Schulze, essa categoria propõe a concretização dos arts. 196 a 200 do vigente texto constitucional, bem como “o constitucionalismo sanitário pretende valorizar a área da saúde, em todos os seus aspectos, a fim de preservar a dignidade da pessoa humana e permitir a construção de uma sociedade mais igual”⁸⁸.

Já em 2005, Aith defendia a tese pela existência de um novo ramo jurídico específico denominado de direito sanitário, dotado de um regime jurídico próprio, diante da profusão de novos instrumentos normativos vocacionados a reduzir os riscos de doença e de outros agravos e a estabelecer condições possibilitadoras do acesso universal e igualitários às ações e serviços que busquem a promoção, proteção e recuperação da saúde, seja no altiplano constitucional, seja em tratados internacionais e na legislação infraconstitucional. Com efeito, sustenta que a Constituição de 1988 não se limitou a afirmar a saúde como um direito humano fundamental, por força dos arts. 6º e 196, mas também estabelecer os princípios, as diretrizes, as instituições e os objetivos que devem reger a sociedade na busca da plena realização dessa aspiração humana⁸⁹.

Munindo-se necessariamente de um olhar multidisciplinar dirigido a uma sociedade multifacetada, tendo em vista que um raciocínio que adota como centro a proteção à saúde impulsionada pelas ciências jurídicas comporta considerações de índole política, social, econômica, entre outras, não se pode perder de vista que a saúde pública consiste, na sua essência, em um exercício de poder. Ao estudar sob a perspectiva da história econômica o desenvolvimento da saúde pública e da profissão médica nas cidades italianas de Veneza, Milão e Florença em face da peste negra e outras pragas experimentadas nos séculos XIV e XV, Cipolla demonstra, a partir de análise das juntas médicas permanentes do norte da Itália, que as engenharias sanitárias se amoldam às formas políticas circundantes, pois são notáveis as diferenças de instituições e dispositivos entre Estados⁹⁰. Enfim, essa variância pode ser

⁸⁸ SCHULZE, Clenio Jair. Editorial: pandemia, futuro e constitucionalismo sanitário. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n. 4, p. 9-11, out./dez. 2020, p. 10.

⁸⁹ AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria geral do direito sanitário brasileiro**. 2006. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

⁹⁰ CIPPOLA, Carlo M. **Public Health and the Medical Profession in the Renaissance**. Nova York: Cambridge University Press, 1976.

creditada à história política de cada ente estatal e respectivas visões acerca do exercício do poder político sobre a saúde coletiva.

Cuidando-se de exercício de poder, que deve ser limitado em prol da realização de direitos, pode-se concluir que o direito sanitário enquanto organização jurídica do Estado vocacionada à promoção, proteção e recuperação da saúde, traduz um fenômeno ínsito ao constitucionalismo. Ainda, sua nítida conotação cultural e atrelada a uma experiência histórica e política territorialmente situada explicita a correlação entre as representações sociais da saúde e a positivação dessas no arcabouço normativo estatal.

Na esteira do pensamento de Häberle, o qual remonta à década de 1980, é viável conceber a teoria da constituição como ciência da cultura⁹¹. Sendo assim, ainda que se trate de uma aspiração coletiva voltada à universalização de patamares mínimos de fruição do direito à saúde, uma vez que se fala de um direito humano, a manifestação do direito sanitário deve ser compreendida e vivenciada, em termos concretos e de forma específica, pelo Povo de cada Estado Constitucional⁹². Em suma, esse tipo de ente estatal informado pela linguagem constitucionalizadora veicula uma conquista cultural e civilizatória de determinada comunidade política, espacialmente e temporalmente referenciada. Dito de outra forma, a normatividade constitucional é produto de um estágio social de determinado povo no que toca ao seu desenvolvimento cultural, que termina por representar a si mesmo e as suas aspirações de transformação da sociedade no mais alto plano do ordenamento jurídico. Com efeito, comunga-se do entendimento de Scaff, segundo o qual “se coloca como fundamental a análise da Constituição como produto social, com força jurídica, construída a partir das aspirações da sociedade, e não como um produto imposto, outorgado à sociedade”⁹³.

Diante dessas razões, a mirada proposta nesta tese cinge-se à realidade constitucional instituída pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por conseguinte, desde um repertório intersubjetivo de valores e conceitos referentes à saúde para aplicação em experiências individuais diversas, é o próprio Poder Constituinte quem decide o conteúdo e o alcance do conjunto de representações de saúde que deseja incorporar, em momento constitucional, em sua lei máxima.

⁹¹ HÄBERLE, Peter. Constituição ‘da cultura’ e Constituição ‘como cultura’: um projeto científico para o Brasil (2008). MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo (coord.). **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁹² HÄBERLE, Peter. La constitución como cultura. Trad. Francisco Fernandez Segado e Rafael Rubio Nuñez. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 6, p. 177-198, 2002.

⁹³ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 462.

1.3.1 Conceituação do direito sanitário

De modo geral, essas interpretações pautam-se, de um lado, em uma espécie de comunicação coletiva comum a respeito da doença e da saúde e, de outro, nas exigências eticamente aceitáveis de uma sociedade sobre um indivíduo. Segundo Aith, essas noções expressam uma relação conflituosa entre o coletivo e o individual, dado que “esse conflito é traduzido pela condição corporal do indivíduo. A situação do indivíduo em relação à sociedade será em parte regulada pela noção coletiva que essa mesma sociedade possui sobre o que é doença e o que é saúde”⁹⁴. Para o mesmo autor, há quase meio século e em face de uma excessiva medicalização da realidade sanitária, passou a ser corrente um pensamento sobre a saúde e a doença para além das ciências de saúde, a ponto de compreender-se um problema sanitário não só a partir de definições baseadas em indicadores objetivos e quantificáveis, tais como a frequência, gravidade e características da população atingida por determinada doença, mas também com esteio em um elemento convencional derivado da própria sociedade impactada:

Para compreender esse processo, é preciso aproximar-se do tema através de uma ‘construção social’ da saúde pública, recorrendo sobretudo aos teóricos construtivistas (...) a construção social passa por uma dupla operação de medicalização e de politização dos fatos sociais (...) tornar visível essa operação de tradução que faz de uma realidade social um problema que é ao mesmo tempo de saúde pública e jurídico é um processo fundamental para o desenvolvimento social. De fato, o que é de início uma realidade social torna-se em seguida um problema médico, depois uma questão política, logo após um problema de saúde pública e, após, uma questão juridicamente tratada, com suas devidas regulações e sanções, sejam elas administrativas, civis ou penais, terminando por dar lugar à execução de políticas públicas de prevenção, tratamento etc. Compreender esse mecanismo social auxiliará na demonstração de que uma questão de saúde pública não é simplesmente uma questão de saúde pública, mas sim uma realidade social complexa que é ao mesmo tempo analisada por especialistas e leigos, por médicos e advogados, por políticos e cientistas, por jornalistas e associações. É essa característica fundamental que faz surgir uma questão de saúde pública, a multidisciplinaridade não só necessária para a sua compreensão, mas também a multidisciplinaridade de tratamentos que uma mesma questão obtém na sociedade.⁹⁵

Nesse sentido, a complexidade da conceituação do direito sanitário perpassa por similar dificuldade encontrada na definição de saúde pública. A partir de influxos históricos, percebe-se que os fundamentos e os limites desse campo disciplinar são cambiantes ao longo do tempo,

⁹⁴ AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Op. Cit.** p. 49.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 65-67.

uma vez que respondem a novos conhecimentos, tecnologias, doenças, assim como a conjunturas políticas, modelos de organização do Estado e da sociedade, representações da vida gregária⁹⁶.

Assim, desde a década de 1920, observa-se o intento da comunidade científica e médica no sentido de definir a saúde pública, principalmente com o fito de distinguir essa área da medicina clínica, mediante o enfoque coletivo da primeira e o individualizado da segunda. Ilustrativamente, na clássica definição de Winslow, os objetivos da saúde pública consistem na prevenção de doenças, estender a longevidade e promoção da saúde e da integridade física, mediante a coordenação de esforços individuais e comunitários⁹⁷. Seguidamente, inserida nos “considerandos” do tratado de Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), celebrado em julho de 1946, a saúde restou conceituada como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, sendo que a fruição “do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano”, conforme devidamente internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelos Decreto presidencial nº 26.042/1948 e Decreto legislativo nº 6/1948.

Em síntese, pode-se dizer que a expressão saúde pública denota, simultaneamente, um campo do conhecimento científico, uma área de atividade marcada pela especialização profissional e institucional, uma realidade epidemiológica referente a certa população e um modo de gestão, associado à atividade estatal⁹⁸.

Fruto da dinâmica de tradução dos riscos da saúde pública ao universo jurídico, o direito sanitário envolve a regulação de todas ações e serviços de interesse à saúde, dado que esses têm a aptidão para representar um perigo sanitário. Composto pelo conjunto de normas que tenham como preocupação precípua o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo numa comunidade, a saúde apresenta uma dimensão individual e outra coletiva. Nas palavras de Dallari, “é a própria sociedade por decorrência lógica que define quais são esses comportamentos nocivos e determina que eles sejam evitados”⁹⁹. Portanto, é comum afirmar que “o direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm

⁹⁶ ROSEN, George. **A History of Public Health**. Nova York: MD Publications, 1958.

⁹⁷ WINSLOW, Charles-Edward Amory. **The evolution and significance of the modern public health campaign**. New Haver: Yale University Press, 1923.

⁹⁸ AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Op. Cit.** p. 56-57.

⁹⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, n. 4, p. 327-334, ago. 1988, p. 330.

por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado”¹⁰⁰.

Nessa linha, as referidas ações e serviços públicos e privados de interesse à saúde podem assumir distintas formas, como, por exemplo, atividades de prevenção individual e coletiva, de vigilância epidemiológica, de atendimento hospitalar ambulatorial e de urgência. Importa notar que é o direito sanitário quem fixa e, depois, regula quais são essas ações e serviços a serem prestados, oferecendo, assim, uma infraestrutura jurídica passível de utilização pelo Estado e pela sociedade em prol da organização e da efetividade do direito à saúde. Então, cuida o direito sanitário de disciplinar ações e serviços de interesse à saúde, mediante um conjunto de normas jurídicas, as quais objetivam reduzir os riscos de doenças e outros gravames ao bem-estar, bem como estabelecer condições pelas quais reste assegurado o acesso universal e igualitário àquelas para fins de promover, proteger e recuperar o estado de equilíbrio do corpo humano para a vida. Com efeito, a conceituação expressa, pelo menos, três elementos básicos do direito sanitário, pois ele é (i) um ramo do Direito composto por um conjunto sistematizado de normas jurídicas, vigentes e válidas no Brasil, (ii) um conjunto harmônico de regras e princípios jurídicos e (iii) tem por pressuposto a legitimidade jurídica e social¹⁰¹.

Igualmente, por nascer do diálogo social entre o direito e a saúde e, assim, consistir na leitura jurídica que determinada comunidade política realiza acerca das questões pertinentes à saúde individual e coletiva, o direito sanitário tem por indispensável a interdisciplinaridade, à luz de seu caráter regulador e direcionador. Justamente por isso, ao acolher os influxos e as pressões advindas da análise econômica, política ou sociológica do direito, a dogmática jurídica em si gestada “tende a ter uma maior capacidade teórica e prática de enfrentar os problemas que se lhe apresentam e oferecer soluções mais apropriadas dos mesmos do que um modelo formalista, insensível à interdisciplinaridade”¹⁰². Nesse sendeiro, segundo Dallari, o próprio ensino do direito sanitário deve abrir-se e incorporar reflexões de áreas como filosofia e sociologia do direito sanitário, organização jurídica da administração sanitária, direito internacional sanitário, ética sanitária, polícia sanitária e direito sanitário comparado¹⁰³. Decerto, igual reflexão vale para as atividades de pesquisa e de extensão relativas a esse mesmo

¹⁰⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. ARANHA, Márcio Iorio (org.). **Direito sanitário e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 48.

¹⁰¹ AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Op. Cit.** p. 115-120.

¹⁰² NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 207-214, 2005.

¹⁰³ DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, n. 4, p. 327-334, ago. 1988, p. 333.

ramo jurídico, sob as luzes do princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão erigido no art. 107, caput, da Constituição de 1988.

1.3.2 Constitucionalização do direito sanitário

Assumido o neoconstitucionalismo como referencial teórico, verifica-se, de um lado, que um dos sentidos desse fenômeno é vertido em modelo de organização política, com fundamento em específica experiência histórica caracterizada pela passagem do Estado de Direito liberal burguês ao Estado Constitucional de Direito¹⁰⁴. Nessa vertente, ganha particular relevância o processo de constitucionalização do direito.

De outro lado, movido pela dúvida apresentada pela literatura científica atinente à autonomia do direito sanitário ou se este permaneceria uma parte do direito administrativo, urge verificar que toda narrativa sobre o caráter inédito daquele ramo no Brasil decorre da construção social do direito à saúde na Constituição de 1988, em comparação às experiências constituintes prévias. Por conseguinte, afirma-se que o direito sanitário brasileiro deita suas origens nesse texto constitucional em específico, haja vista que foi nele que a saúde foi reconhecida expressamente enquanto um direito fundamental, em benefício de todos e dever do Estado. Ainda, defende-se que a consolidação desse ramo jurídico no país deve-se, em grande medida, ao tratamento especial que a vigente Constituição da República conferiu ao tema. Em síntese, revela-se imperativo o estudo do direito sanitário, sob as luzes do texto constitucional e do movimento constitucionalizador. Isso porque o reconhecimento do direito à saúde no art. 6º da CRFB/88 enquanto direito fundamental social básico impulsionou o crescimento da regulação estatal sobre ações e serviços de interesse à saúde, ao passo que a consolidação desse ramo jurídico pode ser creditada ao tratamento específico da Saúde na Seção II do Capítulo II do Título VIII da Constituição de 1988¹⁰⁵.

Sendo assim, a partir desses dois olhares sobre a constituição enquanto norma jurídica e a saúde como direito fundamental, demonstra-se oportuna a presente subseção dedicada ao entendimento da constitucionalização do direito sanitário e da autonomia desse ramo derivada de seu tratamento constitucional reputado especial.

Em termos gerais, Sarmento bem advoga pela existência de duas facetas inerentes ao processo de constitucionalização do Direito brasileiro. De um lado, uma série de questões, antes

¹⁰⁴ CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. **Op. Cit.** p. 358-361.

¹⁰⁵ AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Op. Cit.** p. 105.

delegadas ao Legislador ordinário, resta positivada no texto constitucional, o que, na prática, retira sua conformação jurídico-política de maiorias ocasionais estabelecidas em cada ciclo eleitoral. De outro lado, os princípios e os valores constitucionais irradiam-se para todo o ordenamento jurídico, operando, assim, uma releitura do direito ordinário sob as luzes de parâmetros extraídos do texto constitucional. De acordo com essa ordem objetiva de valores, a Constituição pauta não apenas o Estado, mas também a sociedade de uma forma geral. Em suma, a constitucionalização do direito pressupõe tanto um movimento da legislação infraconstitucional ao texto constitucional quanto um movimento deste em direção àquela, permitindo-se falar em uma ubiquidade constitucional¹⁰⁶.

Na literatura neoconstitucional, é rotineira a remissão ao pensamento de Guastini para compreender a constitucionalização do ordenamento jurídico enquanto processo em voga. Cuida-se de um conjunto de transformações estruturais ao direito de um país, cuja conclusão seria a penetração por completo do arcabouço normativo infraconstitucional pelas normas constitucionais. Para o autor, demonstram-se condições imperativas ao processo: (i) a existência de uma constituição rígida; (ii) a garantia judicial da normatividade constitucional expressa em alguma espécie de controle de constitucionalidade; (iii) a aplicação direta, independente de interposição legislativa, das normas constitucionais; (iv) a força vinculante e normativa da constituição, o que implica em efetividade; no campo hermenêutico, (v) uma interpretação conforme à constituição das leis e (vi) uma sobreinterpretação do texto constitucional, o qual por meio de atividade extensiva resulta na inexistência de lacuna no altiplano fundamental; e (vii) a conformação das relações políticas à gramática constitucional, de maneira a que questões antes concebidas como típicas do sistema político passam a receber tratamento também da jurisdição constitucional¹⁰⁷.

Nesse sentido, em consonância à reflexão de Figueroa, a própria forma de raciocinar sobre o Direito se altera, dado que demanda uma teorização do fenômeno da constitucionalização sob as perspectivas conceitual e normativa. Em um plano axiológico, o sistema jurídico recepciona pautas morais na forma de direitos fundamentais, à medida em que o pós-positivismo opõe ao positivismo enquanto método mediante a correlação necessária entre Direito e Moral. Na dimensão estrutural, quase que inevitavelmente, tem-se uma situação de onipresença da Constituição, porquanto as normas constitucionais incrementam sua relevância

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 116 e ss.

¹⁰⁷ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Trad. José Maria Lujambio. CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

em todo ordenamento jurídico pela via da interpretação. No aspecto funcional, o raciocínio do jurista modifica-se em prol da consolidação das teorias dos princípios e da argumentação jurídica em sua formulação tachada de *standard*¹⁰⁸. Assim, nas palavras de Barroso, a constitucionalização do Direito associa-se “a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”¹⁰⁹.

No que toca ao direito sanitário, importa, de início, explicar sua autonomização em relação ao direito administrativo, à luz da Constituição da República de 1988. Nas imediações do advento do novel texto constitucional, é interessante observar em Dallari uma defesa enfática do direito da saúde pública como parte integrante do direito administrativo e com intersecções aos demais ramos do direito público. Isso porque as atividades estatais preconizadas pelas normas jurídicas vocacionadas a regulamentar ações e serviços de interesse à saúde eram orientadas pela própria sociedade, por meio das leis, e sua disciplina normativa seria informada pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. De toda forma, já ali não se concebia a suficiência da aplicação especializada do direito administrativo, uma vez que o direito sanitário apresentaria singularidades no que diz respeito ao poder de polícia e à prestação de serviço público, em função de sua finalidade precípua consistente em promover, proteger ou recuperar a saúde¹¹⁰.

Ainda que assim o seja, conjuntamente à multiplicidade de setores do direito sanitário e às suas origens na Constituição de 1988, a operacionalização do conjunto unitário e sistêmico de normas jurídicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde devem muito à Administração Pública, por sua vez informada pelo direito administrativo. Sendo assim, a intersecção entre os ramos resulta das múltiplas normas jurídicas que regulam a atuação estatal no que toca ao cumprimento dos ditames constitucionais relativos ao direito à saúde¹¹¹. Isso porque o conceito de relação jurídica da Administração Pública notabiliza-se pelos seguintes atributos: (i) vínculo jurídico regido pelo ramo administrativista, (ii) surgimento como efeito direto da lei ou da prática de ato administrativo, (iii) consistente na ligação concreta e imediata de dois ou mais sujeitos de direito, sendo que pelo menos um deles encontra-se no exercício da

¹⁰⁸ FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo*. CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217.

¹¹⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Op. Cit.** p. 330.

¹¹¹ AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Op. Cit.** p. 103-104.

função administrativa, assim como (iv) há um complexo de poderes e deveres unidos em torno de uma finalidade pública¹¹².

Por conseguinte, o desenvolvimento do direito sanitário também se informa pelas crises dos paradigmas do direito administrativo. De acordo com Binenbojm, essas são (i) a crise do regime jurídico administrativo que desloca o foco da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade; (ii) a crise da legalidade administrativa, que passa a ser visualizada não como vinculação positiva à lei, mas sim sob o prisma do princípio da juridicidade administrativa; (iii) a crise da discricionariedade administrativa, onde o raciocínio polarizado entre atos vinculados e discricionários cede espaço à teoria dos graus de vinculação à juridicidade; e (iv) a crise da estrutura administrativa, na medida em que a visualização básica desta passa a ser policêntrica, e não mais fundamentada em um Poder Executivo unitário¹¹³.

Sendo assim, quanto ao direito administrativo, revela-se imperioso assumir a constituição sita no centro do sistema jurídico de um lado e, de outro, a realização da constitucionalização desse ramo do Direito brasileiro a partir dos direitos fundamentais e da democracia. Os primeiros por intermédio dos impactos que as suas dimensões subjetiva e objetiva provocam na Administração Pública, enquanto a última pela abertura democrática do Estado à construção e ao controle sociais¹¹⁴.

Por isso, ainda com Binenbojm, é viável propor duas viradas na dimensão metodológica do direito administrativo para dar conta das demandas da realidade não adequadamente enfrentadas pelo instrumental pré-existente. De um lado, observa-se um giro democrático-constitucional em que ocorre a elevação das bases axiológicas do campo disciplinar ao plano superior da normatividade constitucional. De outro lado, com esteio em postura embasada no antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, anota-se um giro pragmático caracterizado pelo objetivo de selar o compromisso do constitucionalismo democrático com a realidade pátria. Dito de outra forma, revela-se uma tendência “à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados, nos limites e possibilidades da lei”¹¹⁵. Sendo assim, a confluência desses dois giros do direito administrativo motiva a revisitação das principais funções administrativas do Estado,

¹¹² MAZZA, Alexandre. **Relação Jurídica de Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86-89.

¹¹³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 23-48.

¹¹⁴ Ibid., p. 61-89.

¹¹⁵ Idem. Direito administrativo: entre justificação e operacionalização. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 774-782, set./dez. 2023, p. 781.

incluindo-se a regulação, de acordo com transformações de caráter político-jurídico, econômico e institucional¹¹⁶.

Em suma, destacada a relevância das normas constitucionais no ordenamento jurídico, o direito sanitário funda-se a partir delas, estrutura-se por meio de leis ordinárias federais que inovam juridicamente ao estabelecer direitos e funções ao Poder Público e à sociedade, como, por exemplo, organizar o Sistema Único de Saúde ou criar as autarquias de saúde, e especifica-se mediante decretos, portarias, resoluções. Nessa linha, justifica-se a existência e autonomia de um ramo jurídico próprio para lidar com ações e serviços de interesse à saúde, diante dos atributos da transversalidade e da unidade do direito sanitário.

Para Aith, esse ramo jurídico ostenta unidade lógica, sistêmica e funcional. Na perspectiva lógica, suas normas encontram-se subordinadas a um regime jurídico específico e a um conjunto uniforme de princípios, definidos na própria Constituição da República e derivados nas demais espécies normativas previstas no art. 59 da CRFB/88. Na dimensão sistêmica, o conjunto normativo do direito sanitário lhe dota de estruturas, instituições, mecanismos e operações específicas, inclusive no que toca à produção desse direito. Nessa linha, é o SUS o exemplo mais luminoso dessa unidade, pois se cuida de uma instituição singular ao direito sanitário, serve como fonte institucional de produção normativa dele e possui mecanismos (v.g. conselhos de saúde e comissões) e operações (v.g. poder normativo da Anvisa) próprios. Por fim, sob o prisma da unidade funcional, as normas jurídicas desse campo prescrevem condutas, comportamentos, obrigações, comandos, todos relacionados aos fins de promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil¹¹⁷.

1.3.3 Moldura constitucional do direito à saúde

A estruturação e a funcionalização das normas constitucionais voltadas às ações e serviços públicos e privados dirigidos à promoção, proteção e recuperação da saúde podem ser sistematizadas de inúmeras formas. Nesta subseção, basta proporcionar um relativo e consensual entendimento intersubjetivo acerca dos postulados, princípios e regras os quais fundamentam e moldam o direito à saúde na Constituição de 1988. Afinal, são eles que parametrizam, de forma razoavelmente objetiva, qualquer juízo sobre a conformidade constitucional de atos da administração pública, de indivíduos e de coletividades. Com base em

¹¹⁶ Idem. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 37-70.

¹¹⁷ AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Op. Cit.** p. 120-121.

aspirações e objetivos relacionados ao bem-estar humano em sua acepção plena, a construção social do direito à saúde desenvolve-se na condição de direito subjetivo público de um lado e, de outro, de ordem objetiva de valores que conforma condutas, comportamentos e instituições.

De início, convém uma breve consideração sobre o contexto do texto constitucional. Nada obstante já tenha sido objeto de esforço aprofundado em seção antecedente, importa perceber três notas peculiares da ANC de 1987-1988, em comparação à tradição constitucional brasileira e às experiências comparadas. A uma, é certo que a convocação dessa experiência de exercício do Poder Constituinte originário deriva de um esforço político de não ruptura com o regime anterior, uma vez que formalmente a assembleia restou convocada pela Emenda nº 26, de 1985, à Constituição de 1967, com redação dada pela EC nº 1, de 1969. Contudo, ao longo do processo, não se pôde creditar a qualquer força política uma condição hegemônica, o que significaria a aptidão para limitar de acordo com seus interesses as condições e a abrangência da disputa política naquele momento dotado de especial gravidade. Assim, por não estar pautada em qualquer anteprojeto constitucional, os resultados da ANC corresponderam à composição policêntrica de um pluralismo social e político.

A duas, a mobilização política dessas forças antecede os trabalhos da assembleia e até mesmo as eleições dos constituintes, pois fruto de reivindicação gestada no movimento popular das “Diretas Já”. De acordo com Rocha, “a agenda política da oposição institucional se construiu em torno de quatro reivindicações fundamentais: retorno ao Estado de direito, anistia política, eleições diretas para presidente da República e uma nova Constituição”¹¹⁸. Nesse sentido, observou-se, pela vez primeira na tradição constitucional brasileira, uma intensa participação popular dos cidadãos, o que pode ser ilustrado pelas amplas e abertas discussões levadas a efeito nas Subcomissões, mais de cento e vinte emendas populares lastreadas na legitimidade de um milhão de subscrições. Nesses termos, Barbosa descreve o período político de quase dois anos no qual se trabalhou na ANC de 1987-1988 como singular, em função de sua publicidade mediada pelo acompanhamento da mídia e da população, da abertura dos debates às esferas sociais e da multiplicidade de argumentos, forças sociais e matrizes ideológicas em mobilização no processo de elaboração da Constituição da República¹¹⁹.

A três, houve uma intensa e profunda juridificação das reivindicações, das pautas e dos interesses. Nas palavras de Nobre, “o processo constituinte fez com que todas as forças políticas passassem a recorrer ao direito para conquistar e preservar espaços na luta por direitos e por

¹¹⁸ ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização. **Lua Nova: revista de cultura e política**, São Paulo, n. 88, 2013, p. 29-87, 2013, p. 37.

¹¹⁹ PINTO, Marcos Barbosa. **Constituição e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

fundos públicos”¹²⁰. Na mesma direção, Vilhena explica pela noção de compromisso maximizador a natureza compromissária e a estratégia das forças sociais relevantes por maximizar interesses, prerrogativas e aspirações do próprio campo político, via entrincheiramento desses no texto constitucional, à luz de um contexto marcado por forte desconfiança, fragmentação política e ausência de uma visão hegemônica¹²¹.

Decerto, as representações e as reivindicações sociais da saúde não passaram incólumes a esse processo, como se extrai de depoimentos de parlamentares constituintes que diretamente trabalharam com o direito sanitário na ANC 1987-1988, como foi o caso de Carlos Eduardo Mosconi na qualidade de relator da subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente¹²². Na literatura, há afirmações no sentido de que “a introdução da saúde no rol dos direitos sociais no Brasil foi, sobretudo, resultado da força dos movimentos populares no momento da redemocratização política, no final dos anos oitenta do século vinte”¹²³.

Esse estado de coisas culminou em inédita caracterização do direito à saúde como direito fundamental social básico, conforme o art. 6º da CRFB/88, e generosa seção composta por cinco artigos (arts. 196 a 200, CFRB/88) destinada a estruturar o direito fundamental à proteção e à promoção da saúde, com especial destaque à criação do Sistema Único de Saúde. No pensamento de Silva, essa categoria de direitos tem por objetivo primordial a promoção da igualdade, sobretudo nas searas em que o acesso a bens e serviços se demonstra mais gravemente impactado pelas desigualdades que gracejam na sociedade brasileira. Ainda para o autor, escapando dos confins inerentes aos direitos dos trabalhadores, “a Constituição de 1988 foi uma das primeiras constituições do mundo a prever o acesso a bens e serviços públicos como direitos, não apenas como deveres estatais”¹²⁴. Com efeito, na qualidade de direitos fundamentais, a exigibilidade desse acesso pode ser questionada perante o Poder Judiciário. Adicionalmente, o conceito central da arquitetura constitucional referente ao direito sanitário reside no acesso universal e igualitário aos bens e serviços de interesse à saúde, por se tratar de fundamento principal do Sistema Único de Saúde.

¹²⁰ NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. **Novos estudos CEBRAP**, n. 82, p. 97–106, nov. 2008, p. 101.

¹²¹ VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 375-393, set. 2018.

¹²² CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: segredos da constituinte**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

¹²³ DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009, p. 10.

¹²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 261.

Como corolário do constitucionalismo social, o direito fundamental à saúde insere-se dentro da ordem social instituída na Constituição de 1988, por sua vez baseada no primado do trabalho e funcionalizada ao bem-estar e à justiça sociais, nos termos de seu art. 193. Ademais, de acordo com o parágrafo único do mesmo dispositivo, as políticas sociais obedecem a um ciclo de políticas públicas vertido nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação, sendo assegurado em cada uma dessas fases a plena participação da sociedade e caber ao Estado o exercício da função de planejamento.

Seguindo, ainda, a tradição do constitucionalismo social, dado que o caráter da socialidade pautava-se na origem pela existência de normas sobre seguridade social, direito dos trabalhadores e intervenção do Estado na liberdade econômica e na propriedade privada¹²⁵, restou previsto na Constituição de 1988 que os direitos à saúde integram a seguridade social. Por força do art. 194, esta “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Essa engenharia apresenta amplas repercussões no texto constitucional. Ilustrativamente, o financiamento da saúde prevê tributos da espécie contribuições sociais, minudentemente delineadas em seus arts. 149 e 195, bem como se requer no âmbito da lei orçamentária anual um orçamento setorial à seguridade social, ladeado pelo fiscal e pelo das estatais, em consonância ao art. 165, §5º, III, da Constituição da República. Disso se retira que o orçamento da seguridade social de cada uma das esferas federativas representa fonte de custeio do sistema único de saúde (art. 198, §1º, CRFB/88). Em suma, no que diz respeito à atividade financeira do Estado Federal, as normas constitucionais referentes ao financiamento do direito à saúde integram a categoria do orçamento mínimo social¹²⁶. Isso porquanto veiculam comandos normativos dirigidos ao legislador orçamentário a fim de que distribua e rateie recursos públicos para guarnecer direitos sociais básicos, mediante fontes estabelecidas em nível constitucional.

Destinada a seção II de capítulo relativo à seguridade social, as bases constitucionais do direito sanitário cingem-se à concepção do acesso a bens e serviços de interesse à saúde como direitos, ao estabelecimento de liberdades e incumbências tanto ao Poder Público quanto à iniciativa privada, ao financiamento da saúde e à estruturação de um sistema único de saúde. Dito de forma direta, diferentemente da educação, a moldura constitucional do direito

¹²⁵ Ibid., p. 260.

¹²⁶ SCAFF, Fernando Facury. **Crônicas de Direito de Direito Financeiro: tributação, guerra fiscal e políticas públicas**. São Paulo: Conjur, 2016, p. 227.

fundamental à saúde não o trata de forma autônoma, como se decorrente de uma política pública setorial isolada, ao contrário, esse direito restou inserido dentro de um sistema protetivo integrado denominado de seguridade social. Nesse sentido, Pinto explica que “o dever de dotar a seguridade social de um orçamento próprio, destacado em relação ao restante do Orçamento Geral de cada ente da federação representou uma tentativa de ampliar as suas fontes sistêmicas de financiamento,”¹²⁷ bem como “em sua disposição originária, a Carta Magna procurou assegurar uma base de financiamento sólida e diversificada para a seguridade, atribuindo-lhe não apenas os recursos orçamentários regulares, mas uma fonte própria de receita, ou seja, as contribuições sociais”¹²⁸.

Ademais, de acordo com Fleury, a Constituição de 1988 instaurou um novo modelo de seguridade social, rompendo com o sistema de proteção social brasileiro construído nas décadas de 1930 e 1940 e vigente até os anos 1980. O modelo anterior fundamentou-se no escopo assistencialista em uma cidadania invertida na qual se exige do segurado praticamente a prova de que fracassou no mercado para ser objeto da proteção social, ao passo que sob o prisma do seguro social se pautava em uma cidadania regulada pela condição do trabalho¹²⁹. Noutro giro, o novo modelo instalado pelo texto constitucional hodierno tem a seguinte conformação:

A Constituição de 1988 avançou em relação às formulações legais anteriores, ao garantir um conjunto de direitos sociais, expressos no Capítulo da Ordem Social, inovando ao consagrar o modelo de seguridade social, como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (Título VIII, Capítulo II, Seção I, art. 194). A inclusão da previdência, da saúde e da assistência como partes da seguridade social introduz a noção de direitos sociais universais como parte da condição de cidadania, sendo que antes eram restritos à população beneficiária da previdência.

O novo padrão constitucional da política social caracteriza-se pela universalidade na cobertura, o reconhecimento dos direitos sociais, a afirmação do dever do Estado, a subordinação das práticas privadas à regulação em função da relevância pública das ações e serviços nestas áreas, uma perspectiva publicista de cogestão governo/sociedade, um arranjo organizacional descentralizado.

A originalidade da seguridade social brasileira está dada em seu forte componente de reforma do Estado, ao redesenhar as relações entre os entes federativos e ao instituir formas concretas de participação e controle sociais, com mecanismos de articulação e pactuação entre os três níveis de governo. A organização dos sistemas de proteção social deveria adotar o formato de uma rede descentralizada, integrada, com comando político único e um fundo de financiamento em cada esfera governamental, regionalizada e hierarquizada, com instâncias deliberativas que garantissem a

¹²⁷ PINTO, Élica Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 86.

¹²⁸ Ibid., p. 91.

¹²⁹ FLEURY, Sonia. Políticas sociais e democratização do poder local. VERGARA, Sylvia Constant; CORRÊA, Vera Lucia de Almeida (org.). **Propostas para uma gestão pública municipal efetiva**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

participação paritária da sociedade organizada, em cada esfera governamental¹³⁰.

Relativamente ao SUS, importa constatar que a Constituição de 1988 fixou cinco princípios básicos destinados a orientar o ordenamento e os intérpretes jurídicos dessa instituição de notória singularidade na ambiência internacional, quais sejam, a universalidade, a integralidade, a equidade, a descentralização e a participação popular¹³¹.

De trás para frente, a participação popular na construção social das políticas públicas em saúde é potencializada a tal ponto que Aith propõe o conceito de democracia sanitária, segundo o qual “o Estado, para dar conta de seu dever constitucional de proteção do direito à saúde, crie, incentive e desenvolva um ambiente de ampla participação democrática da sociedade na tomada de decisões estatais em saúde”¹³². Nesse sentido, a qualificação democrática do direito sanitário, como princípio fundamentador do sistema de saúde brasileiro, pressupõe que a compreensão jurídica do acesso a bens e serviços de interesse à saúde seja feita com participação da sociedade. Isso significa dizer que é direito do corpo cívico ser consultado e cabe, na maior medida possível, à própria sociedade deliberar sobre o que significa saúde em determinado contexto espacial e territorial e, por consequência, sobre a amplitude de proteção a qual se imputa ao Estado para garantir esse direito. Em síntese, sob o prisma do princípio orientativo da participação popular na ordenação constitucional sanitária, o Direito deve possibilitar à sociedade instrumentos para que esta possa influenciar e determinar os conteúdos das leis, dos atos administrativos e das decisões judiciais em matéria de efetivação do direito à saúde¹³³.

Por sua vez, o princípio da descentralização pressupõe a efetivação de um modelo de federalismo sanitário, uma vez que a Constituição da República exige de todas as esferas federativas ações e serviços mobilizados à promoção, proteção e recuperação da saúde e do bem-estar. Nesse sentido, antes de falar de uma gestão descentralizada dos bens protegidos pelo direito sanitário, impende observar que o texto constitucional preconiza uma estruturação federativa da organização da saúde no Brasil, seja no campo legislativo, seja no plano da execução das políticas sociais e econômicas de saúde nas realidades nacional, regionais,

¹³⁰ FLEURY, Sonia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 3, p. 743–752, maio 2009, p. 745-746.

¹³¹ ASENSI, Felipe Dutra. **Saúde, sociedade e judiciário: estratégias de reivindicação em Portugal e no Brasil**. Lisboa: Editorial Juruá, 2013, p. 143.

¹³² AITH, Fernando Mussa Abujamra. Direito à saúde e democracia sanitária: experiências brasileiras. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 85-90, nov. 2014/fev. 2015, p. 87.

¹³³ AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Direito à saúde e democracia sanitária**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

estaduais e locais. Segundo Ramos e Miranda Netto¹³⁴, o principal entrave para a formação de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil reside nas graves desigualdades existentes entre os entes federados e na excessiva dependência financeira desses em relação à União. Além disso, as potencialidades dessa forma de articulação governamental residem em articulação que envolva programas de assistência técnica e financeira, informada por gradualismo, incrementalismo e continuidades. Desse modo, pretende-se conciliar o interesse do governo federal no estabelecimento de uma prestação de bens e serviços públicos em saúde em moldes descentralizados e regionalizados de um lado e, de outro, as necessidades financeiras, materiais e técnicas dos demais entes federados.

O princípio da equidade expressa no campo específico do SUS o objetivo da justiça social presente tanto na ordem social quanto na ordem econômica da Constituição de 1988 (arts. 170, caput, e 193, caput, CRFB/88), assim como se remete à exigência relativa à participação no custeio, que deve ocorrer de forma equânime, segundo a organização da seguridade social devida pelo Poder Público (art. 194, parágrafo único, V, CRFB/88). Nessa linha, ao estudar a justiça social no Estado Liberal, Ackerman bem realça a importância da cidadania que se exerce a partir de pressupostos dialógicos e comportamentais com o fito de conciliar o liberalismo e a liberdade individual em um polo e a justiça social e as obrigações sociais para com a comunidade em outro polo¹³⁵. Para Fleischacker, em seu sentido moderno, a justiça distributiva denota que o Estado garanta a distribuição da propriedade por toda a sociedade, com a finalidade de chegar-se a um ponto no qual todas as pessoas detenham determinado nível de recursos materiais para que possam se suprir, cujas discussões tendem a se centrar na quantidade de bens a serem garantidos e no grau de atuação estatal que se revela necessária para esse esforço distributivo¹³⁶. Ademais, após os aportes científicos de John Rawls, a literatura sobre o tema avolumou-se e centrou-se em responder ao filósofo e à sua teoria da justiça inserida na tradição do liberalismo político¹³⁷. Assim, a questão do alcance da distribuição tornou-se o eixo especulativo principal dessa área do conhecimento, isto é, “as duas questões que mais têm preocupado os teóricos políticos que trabalham em justiça distributiva desde

¹³⁴ RAMOS, Edith Maria Barbosa; MIRANDA NETTO, Edson Barbosa de. O federalismo e o direito à saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 304-330, nov. 2017, p. 321-322. DOI: 10.26668/revistajur.2316-753X.v4i49.2296. Disponível em: <<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2296/1426>>. Acesso em: 08 abr. 2024.

¹³⁵ ACKERMAN, Bruce A. **Social justice in the Liberal State**. New Haven: Yale University Press, 1980, p. 374-378.

¹³⁶ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8.

¹³⁷ RAWLS, John. **A theory of justice**. ed. rev. Cambridge: The Belknap Press, 1999.

Rawls são: (1) Que bens devem ser distribuídos?; e (2) Quanto desses bens todos devem ter?”¹³⁸. No específico campo desta parcela da tese, o direito à saúde na Constituição brasileira de 1988, ambas as perguntas foram respondidas normativamente pelo Poder Constituinte, ao estabelecer que as políticas sociais e econômicas em saúde devem objetivar o acesso universal e igualitários às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por sua vez, o princípio da integralidade manifestou-se no texto constitucional em diretriz do sistema único em saúde relacionada ao “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (art. 198, II, CRFB/88). De forma mais ampla, implica na “garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos para todos os níveis de complexidade de assistência”¹³⁹.

Em relação às contemporâneas indagações pertinentes à justiça distributiva, pactuou-se na ANC de 1987-1988 que a saúde se configura um direito dos cidadãos, sem viabilidade de restrição à sua universalidade. Assim, considerando cuidar-se de direito fundamental de todo e qualquer ser humano, compete ao Poder Público a garantia das condições indispensáveis ao seu pleno exercício e ao efetivo acesso, em todos os níveis de complexidade, à atenção e à assistência à saúde.

Enfim, embora a saúde se caracterize enquanto um direito fundamental social de todos e dever do Estado, o art. 199 da Constituição de 1988 facultou à iniciativa privada prestar serviços em assistência a esse direito. Nesse sentido, possibilitou-se às instituições privadas participarem de forma complementar do sistema único de saúde, cabendo a esta estabelecer diretrizes àquelas e que essa participação se formalize mediante contrato de direito público ou convênio. Ainda, os constituintes entenderam por bem distinguir nitidamente as instituições privadas vocacionadas à complementação do SUS, de acordo com seus intuitos lucrativos, ou não, à medida em que a finalidade lucrativa de uma instituição privada impede a destinação de recursos públicos a ela, na forma de auxílios ou subvenções. Do mesmo modo, tirante as hipóteses enunciadas em lei, vedou-se que empresas ou capitais estrangeiros atuassem na seara da assistência à saúde no Brasil, independente da participação ser direta ou indireta.

Essa delicada relação entre as dimensões pública e privada da assistência à saúde comporta intensa atenção jurídica. De um lado, recolhe-se da literatura a proposição pela divisão das atividades da iniciativa privada entre ações e serviços públicos de saúde executados

¹³⁸ FLEISCHACKER, Samuel. Op. Cit. p. 169.

¹³⁹ ASENSI, Felipe Dutra. Op. Cit. p. 143-144.

por pessoas de direito privado (art. 197, CRFB/88) e o exercício de atividade tipicamente privada na área de saúde (art. 199, CRFB/88). Para Pereira Filho, uma das consequências dessa clivagem analítica seria justamente não submeter às operadoras de planos e seguros inseridas na saúde suplementar, na qualidade de atividade livre à iniciativa privada, às exigências de acesso universal e amplitude de assistência, uma vez que estas decorrem da função estatal na saúde. Nesse contexto, as finalidades da intervenção do Poder Público deveriam ser outras diversas da universalização, tais como preservar a solvência das operadoras, fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas contratualmente, promover a concorrência, garantir transparência e clareza informacional aos consumidores¹⁴⁰.

De outro lado, nota-se posicionamento científico em direção contrária, a qual parece especialmente correta na temática que se insere esta tese. Assim, comunga-se de argumentação externada por Bodra e Dallari, segundo a qual, na verdade, toda e qualquer ação ou serviço de saúde prestado pelas instituições privadas devem seguir, com maior ou menor intensidade, as duas grandes diretrizes do direito constitucional sanitário, nos termos do art. 196 da Constituição¹⁴¹.

Trocando em miúdos, verifica-se que na vigente ordem constitucional a iniciativa privada tem liberdade para fornecer ações e serviços de saúde, mas essa atuação deve ser sempre justificada na relevância pública, o que implica uma regulação pelo poder público, inclusive em caráter restritivo de direitos e liberdades econômicas. Quando as instituições privadas atuam de forma complementar ao Sistema Único de Saúde (SUS), por meio de contratos ou convênios, elas devem seguir as diretrizes estabelecidas tanto no artigo 196 da Constituição, que se aplicam a todas as ações de saúde, quanto no artigo 198, que trata especificamente das diretrizes do SUS.

Além disso, ao analisar as diretrizes do SUS, convém perceber uma relevante distinção entre os serviços públicos e os de relevância pública. Enquanto o artigo 198 da parte dogmática do texto constitucional aborda os serviços públicos, o artigo 197 se refere às ações e serviços de relevância pública, que devem ser fiscalizados e regulamentados pelo poder público, podendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Isso implica dizer que, embora o artigo 198 trate diretamente do

¹⁴⁰ PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. Iniciativa privada e saúde. *Estudos Avançados*, v. 13, n. 35, p. 109–116, jan. 1999.

¹⁴¹ BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral; DALLARI, Sueli Gandolfi. A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: princípios jurídicos. *Revista Direito Sanitário*, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 240-260, nov. 2019/fev. 2020, p. 251-252.

SUS, suas diretrizes também devem orientar a fiscalização e controle das atividades de relevância pública, conforme previsto no artigo 197.

Por fim, da interpretação dos artigos 196, 197 e 198 da Constituição, conclui-se que a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde pela iniciativa privada devem se alinhar aos princípios fundamentais do sistema de saúde, como a redução do risco de doenças e a garantia de acesso universal e igualitário. As diretrizes do SUS, portanto, são essenciais para garantir que o sistema de saúde como um todo funcione de forma integrada e coerente, assegurando a efetividade dos direitos constitucionais à saúde, independente da natureza jurídica da pessoa que preste as ações e os serviços de saúde.

Em síntese, assumindo o neoconstitucionalismo como referencial teórico e a constitucionalização do direito sanitário como fenômeno jurídico, não se mostra plausível conclusão diversa à apresentada pelas autoras mencionadas:

Portanto, da interpretação sistemática dos artigos de 196 a 200 da CF/88, considerando especialmente os artigos 196, 197 e 198, extrai-se que a obrigação atribuída ao poder público de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e os serviços de saúde (cuja execução poderá ser feita por terceiros ou pelo setor privado) é parametrizada constitucionalmente pelas duas finalidades gerais da saúde, indicadas no artigo 196 – (i) visar à redução do risco de doença e de outros agravos e (ii) visar ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação – e também por um diálogo com as diretrizes do SUS, que deve contribuir para a efetividade de tais objetivos e jamais prejudicar seu alcance¹⁴².

Em conclusão ao presente esforço de sintetizar a ordem-moldura da saúde na Constituição da República, verifica-se, portanto, que se adotou uma estratégia jurídico-política de universalização da saúde pela via da constitucionalização do direito sanitário à época da ANC 1987-1988. Isso desemboca na efetivação do direito fundamental de promoção e proteção à saúde, cuja dogmática se propõe a estudar em seção seguinte.

1.4 Regime Jurídico do Direito Fundamental à Saúde

No traslado da fonte de legitimação do poder político desde explicações carismáticas, tradicionais ou histórias para justificações contratualistas, surgiram as condições sociais para o estabelecimento de relativo consenso sobre a centralidade da ideia de direitos fundamentais nesse constructo imaginado pela mentalidade moderna, por sua vez pautada em movimentos

¹⁴² BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral; DALLARI, Sueli Gandolfi. A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: princípios jurídicos. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 240-260, nov. 2019/fev. 2020, p. 252.

filosóficos como a secularização, o naturalismo, o racionalismo e o individualismo. Isso porque, desde concepção como direitos naturais, verifica-se a proteção dessa figura como causa do pacto social e limite ao exercício do poder na esteira do constitucionalismo¹⁴³. A respeito da terminologia empregada, segundo Peces-Barba, a expressão “direitos fundamentais” demonstra-se preferível em relação às alternativas, v.g. direitos humanos, naturais, públicos subjectivos, liberdades públicas e direitos morais. Afinal, detém menos ambiguidade; abarca dimensões dos direitos humanos, sem recair nos reducionismos jusnaturalistas e positivistas, exprimindo uma moralidade e uma juridicidade básicas; traduz a ideia de proteção do ser humano no contexto concreto da vida, haja vista que aporta um sentido de vigência jurídica numa determinada ordem constitucional; e permite a conciliação entre as dimensões moral-ideal e positivo-jurídica¹⁴⁴.

Com fundamento no preâmbulo da Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito é instituído com o objetivo de assegurar o exercício de direitos sociais e individuais. Assim, pode-se dizer que os avanços percebidos no direito constitucional na atualidade decorrem, em larga medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa humana e da consolidação de relativo consenso em torno da visão de que a Constituição consiste em local adequado para positivar as normas garantidoras dessas normas. Nessa linha, não é despiciendo afirmar-se que a dimensão protetiva da dignidade da pessoa humana “funcionaliza-se no ordenamento jurídico tanto como fundamento do Estado brasileiro quanto na condição de objetivo precípua do Poder Público”¹⁴⁵. Consoante o pensamento de Gonet Branco, mediante exemplificação baseada na leitura do preâmbulo do texto constitucional que explicita a relevância contemporânea dos direitos fundamentais no raciocínio do jurista, o objetivo de assegurar a fruição de direitos fundamentais “há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional”¹⁴⁶.

¹⁴³ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madri: Dykinson, 2004, p. 73-102.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos fundamentales: teoria general**. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 36-39.

¹⁴⁵ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 84.

¹⁴⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2021, p. 139.

Da leitura sistemática e conjugada dos arts. 6º, caput, e 196 do texto constitucional, como já visto, depreende-se uma aspiração constituinte no sentido de assegurar às ações e serviços de interesse à saúde uma especial e peculiar posição no Estado brasileiro. Isso porque as normas constitucionais que consagram direitos ganharam tal relevância a alterar a própria natureza da arquitetura estatal, qualificando-o como um “Estado de direitos”, haja vista a centralidade no sistema jurídico assumida pelos direitos fundamentais.

Na esteira de Alexy, sabe-se que a fundamentalidade das normas de direitos fundamentais no ordenamento jurídico é passível de análise sob as vertentes formal e material. Do primeiro ponto de vista, tem-se que “a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário,”¹⁴⁷ ao passo que no olhar material verifica-se que a fundamentalidade derivada da aptidão que determinada norma constitucional ostenta para servir como instrumento para a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.

No particular caso da saúde, Sarlet e Figueiredo identificam inequívoca fundamentalidade em sentido material na medida em que o bem jurídico tutelado corresponde a um pressuposto da manutenção e gozo da vida com dignidade e serve enquanto garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não. De outra banda, a fundamentalidade formal é textual e explícita, ex vi arts. 6º, caput c/c 196, CRFB/88. Em suma, é viável reconhecer a plenitude de um regime jurídico da fundamentalidade do direito à saúde na experiência brasileira hodierna¹⁴⁸.

Com base em estudo de comitê consultivo do Sistema das Nações Unidas, Leite Sampaio bem sintetiza sete características básicas dos direitos fundamentais: a garantia dos direitos humanos por parâmetros internacionais; sua proteção legal; seu foco na dignidade da pessoa humana; a vinculação dos Estados e agentes estatais a seus comandos; sua irrenunciabilidade e imprescritibilidade; sua interdependência e inter-relação; e sua universalidade¹⁴⁹. Nota-se, assim, que a afirmação e o exercício dos direitos fundamentais são

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri (org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. v. 1. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014, p. 113-114.

¹⁴⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 549.

indispensáveis para a fruição dos demais direitos, dado que são eles mesmos valores de base ou fontes primevas de conteúdos axiológicos positivados.

Ainda, quando se fala em imprescritibilidade desses direitos busca-se dizer que a falta de seu exercício, mesmo que prolongada, não acarreta prescrição extintiva, ao passo que a irrenunciabilidade quer dizer que a mesma ausência temporária não significa na renúncia a esses direitos. Em termos teóricos e dogmáticos, os direitos fundamentais caracterizam-se por serem complementares e não autoexcludentes, por isso indivisíveis e interdependentes. Em suma, tem-se como dominante na literatura jurídica que o status de fundamentalidade de um direito tem o condão de vincular o Poder Legislativo, de modo que “a força de suas normas de reconhecimento contra o legislador comum impede tanto que venham a ser revogados, anulados ou, ilegitimamente, atingidos pela lei (eficácia formal passiva), quanto paralisa a legislação anterior que a eles seja contrária (eficácia formal ativa)”¹⁵⁰. Adicionalmente, o vetusto debate sobre a natureza das disposições normativas de direitos fundamentais pacifica-se em favor da fórmula atualmente em voga pela aplicabilidade imediata dos direitos (art. 5º, §1º, CRFB/88). Sob o prisma do legislador ordinário, isso significa que se demonstra incabível negar efetividade a direitos sociais, econômicos e culturais com esteio no argumento de “reserva de legislador” ou da indispensabilidade da interposição legislativa.

Igualmente, a vinculatividade reforçada que se faz alusão não opera unicamente sobre o poder legiferante, pois todas as instâncias republicanas sofrem, em distintas medidas e intensidades, as irradiações vinculantes dos direitos fundamentais:

O legislador também deixa de ser o destinatário exclusivo da norma jusfundamental, pois agora os três poderes sofrem as irradiações vinculantes, ainda que sobre o legislador continue a recair o peso maior do dever de configuração, cabendo-lhe, primariamente, o poder-dever de normação. Ao juiz, compete a distinção entre enunciados carentes de concretização daqueles plenamente eficazes, dispondo-se da presunção relativa em favor destes contra aqueles, tendo destaque os direitos de defesa; bem como, em relação aos dispositivos sem eficácia total, a anulação ou revogação de medidas contrárias a suas determinações e a declaração da inércia legislativa e administrativa inconstitucional em primeiro plano, seguindo-se, na hipótese de Mandado de Injunção, da efetivação in concreto da satisfação do direito. A eficácia, como produção dos efeitos normativos, é resultado da aplicabilidade, variando de mínima a máxima conforme o caso. Ao Executivo, também impõe-se um relativo dever de configuração integradora (da lei constitutiva), bem como de respeito aos comandos da norma jusfundamental (...) fica-lhe o encargo de adotar as medidas ao seu alcance para remover os obstáculos jurídicos (apresentação de projetos de lei) e materiais (disponibilidade de recursos) para tornar efetivos os direitos.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ibid., p. 556.

¹⁵¹ Ibid., p. 560.

Vale, por conseguinte, dizer que essas considerações sobre os atributos distintivos dos direitos fundamentais aplicam-se *tout court* ao campo do direito à saúde, nada obstante não seja dado neste empreendimento científico descuidar-se das particularidades idiossincráticas do direito sanitário. Nessa linha, importa perceber que o conteúdo abrangido pelo direito fundamental à saúde não se encontra minudentemente especificado na Constituição de 1988, cabendo, assim, aos intérpretes e poderes instituídos promoverem, por exemplo, a legítima intervenção judicial, a adequada conformação legislativa e administrativa, de acordo, em cada caso, às esferas de competências extraídas do sistema de freio e contrapesos.

De saída, conforme já visto, os parlamentares constituintes escolheram por plasmar no altiplano constitucional uma concepção ampla de saúde na esteira daquela adotada pela Organização Mundial da Saúde, assim como se depreende do direito fundamental à saúde aspectos preventivos, curativos e promocionais. Para essa conclusão, basta conferir a literalidade do art. 196 da Constituição de 1988, quando preconiza que o direito à saúde é garantido por políticas sociais e econômicas as quais “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”. Assim, do vocábulo “recuperação” extrai-se a saúde curativa, que significa a garantia de acesso aos meios que possam trazer a cura de uma doença ou, no mínimo, uma melhora na qualidade de vida de quem esta acomete. Pelas expressões “redução de risco de doença” e “proteção”, presentifica-se a saúde preventiva, pois o mandamento constitucional aponta para a realização de ações e políticas sanitárias que tenham por missão evitar o surgimento de doenças ou de danos à saúde individual ou pública, mediante a imposição de deveres específicos de proteção. Por fim, o componente promocional do direito à saúde emana do termo “promoção”, isto é, busca-se o mais alto nível possível de saúde por meio de ações e políticas que possibilitem a melhora das condições de vida e de saúde das pessoas¹⁵².

A despeito do caráter compreensivo e analítico que se buscou empregar na síntese acima, também no campo do direito sanitário, ou melhor, especialmente nele, urgem as considerações de Andrade acerca da complexidade estrutural e da heterogeneidade do conteúdo dos direitos fundamentais. Quanto à estrutura, ainda que se abstraindo a universalidade objetiva desses preceitos, é inegável a índole multifacetária e complexa da maior parte dos direitos subjetivos fundamentais. Assim, tende a ser impossível pensar num singular poder ou pretensão jurídica unidirecional decorrente de determinado direito fundamental, revelando-se mais adequado representá-lo a partir de um feixe de faculdades ou poderes de tipos diferentes e

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. Cit. p. 116-117.

alcances diversos os quais apontam em múltiplas direções. Dito de outra forma, cabe à ciência jurídica organizar construtivamente esse cenário, diante da frequência com que direitos subjetivos fundamentais aportam um caleidoscópio de faculdades com objeto e conteúdos distintos, oponíveis a destinatários variados, exercido por titulares diversos de deveres de muitos tipos¹⁵³.

De outra banda, decifrar a heterogeneidade de conteúdo dos direitos fundamentais não se revela tarefa mais singela, diante da textura normativa aberta e não homogênea deles. Observa-se, ainda, que relativamente a cada direito é possível conceber a existência de conteúdos principais e instrumentais. O primeiro abrange as faculdades e as garantias específicas de cada hipótese normativa, enquanto o último permite a consideração de outras faculdades ou deveres que decorrem diretamente da imprescindibilidade de efetivação do direito em específico, apesar de não constituir o seu programa normativo em si. Passo contínuo, cingindo-se ao conteúdo principal de um direito fundamental, em termos analíticos, é comum falar em núcleo essencial e camadas envolventes, que se organizam pelo critério distintivo da intensidade normativa decrescente e contínua. Então, “o ‘núcleo essencial’ corresponde às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projeção da ideia de dignidade humana individual na respectiva esfera da realidade,”¹⁵⁴ ao passo que as camadas envolventes abarcam outros valores, bens, comportamentos, garantias, que o direito fundamental também visa salvaguardar, mas cuja proteção constitucional deve ser considerada de menor intensidade, por serem considerados menos típicos, mais relativos ou menos importantes.

Sendo assim, não há dúvidas que “o direito fundamental à saúde, da forma como revelado na Constituição, encontra-se imbuído de legitimação constitucional originária, fazendo exsurgir, para seus titulares, direitos subjetivos a prestações diversas – concretizadas por meio dos serviços públicos”¹⁵⁵. Contudo, demonstra-se pouco plausível desconsiderar as múltiplas funções desse direito, uma vez que envolve um complexo de posições jurídico-subjetivas diversas.

Assumido isso como premissa, é recomendável situar na Constituição da República o direito fundamental à saúde em sua multifuncionalidade e nas dimensões subjetiva e objetiva. Nesse sentido, é certo que já no pensamento de Georg Jellinek, no fim do século XIX,

¹⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 158-159.

¹⁵⁴ Ibid., p. 161.

¹⁵⁵ FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 41.

notadamente em seu “sistema dos direitos subjetivos públicos”, tinha-se proposição pela compreensão dos direitos dos indivíduos a partir de quatro status¹⁵⁶. Disso já se extraía a noção de que os direitos fundamentais cumprem distintos papeis na ordem constitucional. Para Jellinek, toda exigência de direito público nasce de uma determinada posição da pessoa em relação ao Estado, explicitando uma relação jurídica, o que se designa como status, portanto na concepção desse publicista os direitos públicos formulam-se enquanto derivações das instâncias estatutárias positiva (utiliza-se das instituições estatais e exige-se do Estado ações positivas), negativa (esfera individual de liberdade imune ao império estatal), ativa (titular de competências que permitem participar ativamente da formação da vontade estatal) e passiva (detentor de deveres para com o Estado, que o vincula juridicamente por meio de mandamento e proibições)¹⁵⁷.

Com referência em Alexy, Sarlet bem propõe que os direitos fundamentais cumprem, em regra, dúplice função, uma negativa e outra positiva. Assim, segundo o objeto de cada posição jurídica atribuída ao titular, os direitos fundamentais podem ser classificados essencialmente em direitos de defesa ou negativos, no sentido de proibições de intervenção, exigências de abstenção, e em direitos a prestações ou positivos que denotam ações positivas, que exigem do destinatário uma atuação em nível de prestações fáticas/materiais ou normativas/jurídicas, inclusive no tangente a deveres de emitir normas de proteção, organização e procedimento:

Para melhor compreensão da proposta de classificação, conveniente partir da premissa de que existe um direito fundamental em sentido amplo (o direito fundamental considerado como um todo), ou seja, o direito compreendido como complexo de posições jurídicas. Todavia, consideradas de modo individualizado, tais posições jurídicas assumem a condição de direitos subjetivos, cujo objeto é, neste sentido, mais determinado e poderá ser tanto negativo quanto positivo. É possível ilustrar a afirmativa mediante recurso ao exemplo do direito à saúde. Este não é propriamente um direito apenas, visto que, na condição de um direito fundamental como um todo, abrange tanto (para além dos efeitos na perspectiva objetiva) posições subjetivas negativas (atuando, portanto, como direito de defesa) quanto posições positivas (na condição de direito a prestações). Com efeito, o direito à saúde opera como direito de defesa quando se trata da possibilidade de impugnar medidas que venham a afetar a saúde de alguém, ou mesmo interferir nos níveis de proteção da saúde já concretizados pelo Estado. Por outro lado, como direito positivo, o direito à saúde pode ter como objeto a exigibilidade de prestações estatais em matéria de saúde, como medicamentos, internação hospitalar etc., ou medidas de caráter normativo, por exemplo, a regulamentação da EC 29, no que diz com a garantia de recursos para financiar o sistema de saúde. É precisamente neste sentido que é possível falar não em

¹⁵⁶ JELLINEK, Georg. **Sistema de los derechos públicos subjetivos**. Trad. Alejandro Vergara Blanco. Valencia: Tirant lo blanch, 2024, p. 175-190.

¹⁵⁷ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de cultura Económica, 2000, p. 388-389.

um, mas em vários direitos à saúde (...)¹⁵⁸.

Em apertada síntese, é possível afirmar que, na qualidade de direito de defesa, o direito à saúde objetiva proteger a saúde individual e coletiva contra ingerências inadequadas originadas do Estado ou de sujeitos privados. Nesse sentido, os direitos de defesa atuam, de um lado, no plano jurídico-objetivo, ao impor competências negativas ao Estado, no sentido de evitar intervenções devidas, e, de outro, no plano jurídico-subjetivo, conferindo ao cidadão a prerrogativa de exigir perante o poder pública a abstenção de agressões promovidas contra à sua esfera jurídica individual. O segundo plano especificamente no campo dos direitos sociais inclui, ainda, a viabilidade da impugnação de atos que possam ser ofensivos ao bem jurídico que tutelam. Caso se queira, pode-se falar em uma função de defesa (contra o Estado) do direito fundamental e em uma função de proteção (devida pelo Estado em face de terceiros) do mesmo direito. Logo, “o direito à saúde, nesse compasso, assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais, que se manifestam na forma de direitos de defesa e de direitos a prestações, embora seja possível nele identificar uma função predominantemente prestacional”¹⁵⁹.

Na condição de direito a prestações em sentido estrito, o direito à saúde abrange pretensões no sentido do fornecimento de variadas prestações materiais, como, por exemplo, tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas. Nesse universo, os estudos no campo do direito sanitário têm gracejado, porquanto aqui se cuida da exigibilidade dos direitos fundamentais sociais, justiciabilidade do direito à saúde, judicialização da saúde, mínimo existencial, reserva do financeiramente possível, proibição do retrocesso¹⁶⁰.

Porém, na linha de interesse desta tese, importa também perceber que o direito fundamental à saúde exige prestações estatais em sentido amplo. Estas incluem condutas positivas de matiz fática e normativa no sentido da adoção de medidas protetivas (direitos de proteção) e da instituição de procedimentos e organizações aptos a tutelar a saúde individual e coletiva do cidadão. Dito de outra forma, por força dos arts. 197, 198 e 200 da Constituição de 1988, todos os níveis federativos do Estado brasileiro possuem o dever constitucional de estruturar organizações e procedimentos com aptidão para viabilizar a proteção e a promoção

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018, p. 359-360.

¹⁵⁹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

¹⁶⁰ FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 93-141.

do direito fundamental à saúde. Assim, o direito à saúde impõe tanto deveres de proteção da saúde pessoal e pública quanto deveres de conotação organizatória e procedimental. Nessa linha, importa muito a observação de que a dimensão objetiva do direito fundamental à saúde densifica-se, de maneira muito singular, a partir da decisão constituinte de criação de um sistema único de saúde, organizado de acordo com diretrizes estabelecidas no art. 198, I a III, CRFB/88, com fontes de financiamento e competências previstas no texto constitucional (art. 198 e 200, CRFB/88).

Nos dizeres de Gonet Branco, por razões de origem histórica e para expressar as finalidades mais elementares, é possível ao jurista enfatizar demasiadamente a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Essa corresponde à característica destes em ensejarem uma pretensão a que se adote determinado comportamento ou no poder resultante da vontade em favor da produção de certos efeitos sobre relações jurídicas. Contudo, há também uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais que deriva da concepção dessas categorias jurídicas enquanto princípios básicos da ordem constitucional. Portanto, “transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”¹⁶¹.

Portanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais indica parâmetros constitucionais de controle da ação estatal, passíveis de aplicação independentemente de intervenções ou violações ao patrimônio jurídico de um titular específico. Assim, é viável extrair pelo menos quatro aspectos da afirmação de existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O primeiro é que esses direitos representam normas de competência negativa, quer-se dizer, ao outorgar a um cidadão uma faculdade de ação, em detrimento das competências do Estado, sendo que isso se passa sem qualquer exigibilidade por parte do indivíduo. O segundo aspecto consiste em sua atuação como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, à luz da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Logo, toda atividade de interpretação ou aplicação daquele arcabouço normativo deve ocorrer em consonância a estes. Um terceiro aspecto corresponde à possibilidade de limitar-se os direitos públicos subjetivos de pessoas específicas em favor da realização da dimensão objetiva de um direito fundamental. Ou seja, esta pode servir como fundamento para justificar a intervenção do Estado no patrimônio jurídico de um indivíduo. Por fim, há um quarto desdobramento que corresponde à criação de deveres estatais de tutela dos direitos

¹⁶¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p. 172.

fundamentais. Esses denotam a incumbência do poder público em proteger ativamente determinado direito contra ameaças de terceiros¹⁶².

Dentro do escopo referente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e respectiva intenção conformadora do ordenamento jurídico, fala-se, ainda, de um efeito externo dos direitos fundamentais, lócus do qual se extrai uma força vinculativa generalizada dos preceitos normativos subjacentes. Para além do efeito interno posto em uma relação típica entre particular e Estado, é a partir da dimensão objetiva de determinado direito fundamental, enquanto normas constitucionais e valores comunitários, que se justifica e explicita a eficácia fora do âmbito dessas relações¹⁶³. Nessa senda, é dado pensar na efetivação do direito à saúde entre atores privados, v.g. em uma relação contratual entre operadora de plano de saúde e indivíduo contratante. Em uma lógica derivada da eficácia horizontal ou diagonal dos direitos fundamentais, são reconhecíveis posições subjetivas deste perante aquela.

Por fim, justamente da dimensão objetiva do direito à saúde se depreende, em adição aos efeitos comuns dessa categoria sob as luzes da teoria geral dos direitos fundamentais, a imposição de deveres de proteção, recuperação e promoção da saúde com aptidão para respaldar, em nível constitucional, o próprio Sistema Único de Saúde, na condição de uma típica garantia institucional fundamental.

1.4.1 Promoção à saúde como dever de proteção estatal e o Sistema Único de Saúde enquanto garantia institucional fundamental

Delineadas as diretrizes e as formas de financiamento do SUS, constata-se de uma rápida leitura do art. 200 do texto constitucional a transversalidade e a interseccionalidade das atribuições dessa instituição pública no Estado e na sociedade. Isso porque se vai da execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica à colaboração na proteção do meio ambiente, inclusive o laboral, perpassando pela ordenação do esforço formativo de recursos humanos na área de saúde, políticas públicas de saneamento básico, incremento da inovação e do desenvolvimento científico e tecnológico na seara sanitária.

¹⁶² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 117-120.

¹⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 133-134.

Para além das virtudes e das deficiências do SUS, das lutas e conquistas da sociedade em matéria de saúde pública,¹⁶⁴ limita-se no presente momento da tese a afirmar a relevância de sua caracterização dentro da dogmática dos direitos fundamentais. Como se vê, a instituição do SUS pode ser considerada uma decorrência da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, relativamente à organização e ao procedimento das ações e serviços de interesse à saúde, nota-se concepção em momento constituinte segundo a qual a efetividade do direito sanitário atrela-se fortemente a regras organizatórias e procedimentais. Na verdade, não são poucos os direitos fundamentais que dependem, para sua concretização e exercício pelos respectivos titulares, de um procedimento e pressupõe uma organização, o que se dá por razões diversas, como pela natureza do direito, opção constitucional ou legislativa, imposição jurídica ou necessidade fáctica¹⁶⁵. No caso brasileiro, essa multiplicidade é particularmente saliente, pois “a Constituição de 1988 constitucionalizou boa parte da agenda governamental de políticas públicas, restringindo o campo decisório aberto ao legislador ordinário e obrigando os sucessivos governos a recorrerem ao emendamento constitucional como forma de implementar sua agenda”¹⁶⁶. Ainda assim, argumenta-se que a saúde detém singularidade, uma vez que é viável discutir se a proteção, a recuperação e a proteção dela cuida-se de um dever fundamental ou se o SUS revela-se uma garantia institucional fundamental¹⁶⁷.

Na esteira de Casalta Nabais, os deveres fundamentais caracterizam-se como posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, individuais, universais, permanentes e essenciais, diferenciando-se de figuras correlatas, notadamente pode-se falar em múltiplas noções. A primeira consiste nos deveres constitucionais organizatórios, orgânicos ou funcionais, que são competências obrigatórias ou vinculadas dos órgãos constitucionais, tratando-se de gênero que tem como espécies o dever de legislar, as imposições constitucionais e as tarefas constitucionais. A segunda pauta-se nos limites dos direitos fundamentais, os quais expressam modalidades de intervenção ou afetação de direitos por parte do poder público, podendo impactar o próprio conteúdo do direito, condicionar o exercício desses direitos ou delimitar o

¹⁶⁴ SANTINI, Luiz Antonio; BULCÃO, Clóvis. **SUS [recurso eletrônico]: uma biografia: lutas e conquistas da sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Record, 2023.

¹⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit. p. 138.

¹⁶⁶ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAÚJO, Cícero; SIMÕES, Júlio Assis. **A constituição de 1988: passado e futuro**. São Paulo: Hucitec, 2009, p. 24.

¹⁶⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Sistema Único de Saúde e o Princípio da Sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da saúde**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p. 43-45 e 140-163.

âmbito máximo do conteúdo desses direitos, mediante limites imanescentes aparentes e reais. A terceira refere-se aos deveres correlativos ou relacionais de direitos fundamentais, exprimindo, na verdade, o aspecto passivo destes, como o dever de abstenção ou de não ingerência. Há, ainda, deveres relacionados a garantias institucionais de direitos fundamentais, pois traduzem realidade no sentido de que o exercício dos direitos fundamentais está intimamente associado à realização desses deveres por entidades públicas. Finalmente, há os deveres de estado, expressão ampla que significa os deveres correlativos dos direitos fundamentais sociais, os deveres constitucionais organizatórios e as tarefas ou incumbências constitucionais do estado¹⁶⁸.

Sendo assim, adotando-se conceito de Preis, os deveres fundamentais são deveres jurídicos, previstos no texto constitucional, que expressam posições subjetivas passivas voltadas às pessoas naturais e jurídicas, consideradas individualmente ou coletivamente, e notabilizam-se por ostentar uma fundamentalidade formal e material, exigidos pela comunidade politicamente organizada e pelas demais pessoas e grupos sociais, veiculados por meio de prestações jurídicas de dar, fazer ou não fazer, sob pena da imposição de uma sanção como sua consequência jurídica¹⁶⁹. Assim, afirma-se, com coerência, que a promoção à saúde não consiste em um dever fundamental:

Importante distinção a ser feita de plano diz respeito às tarefas e missões estatais, i.e., aos comandos constitucionais dirigidos ao Estado como normas definidoras de suas tarefas, de modo que, se a previsão normativo-constitucional exigir políticas públicas ou ações estatais organizadas para a concretização de direitos fundamentais está-se diante de uma tarefa de proteção, a exemplo do art. 196 da Constituição brasileira, que contempla o dever de proteção dirigido à Saúde, e não de um dever fundamental, propriamente.

(...)

As previsões da Constituição brasileira de 1988, tanto no art. 6º como no art. 196, consagram que a proteção jurídica da saúde se expressa em um dever ou tarefa do Estado e, da perspectiva das pessoas, o dever geral de respeito em relação a este bem jusfundamental protegido, mas não veiculam diretamente posições subjetivas passivas, como é da natureza dos deveres fundamentais. Não se exige das pessoas comportamentos fundamentais para a vida em sociedade, de modo que o dever geral de *neminem laedere* se aplica às pessoas indiretamente, como reflexo do dever de proteção do Estado – à exceção do art. 227, que incluiu a proteção da saúde no âmbito do dever de assistência às crianças e adolescentes, porém com outra morfologia (...) é ao Estado, e não às pessoas, que recai o dever de estruturar a Saúde Pública, de fomentar políticas públicas que afetam a saúde própria das pessoas (a exemplo das campanhas anti-tabagistas), bem como de exercer uma proteção suficiente nas relações entre particulares (eficácia horizontal). Às pessoas, em regra, vige o princípio da liberdade de ação, desde que não violem a saúde coletiva nem de outras pessoas¹⁷⁰.

¹⁶⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. 4 reimp. Coimbra: Almedina, 2015, p. 63-86.

¹⁶⁹ PREIS, Marco Antônio. **Teoria dos Deveres Fundamentais**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 19.

¹⁷⁰ Ibid., p. 63-64

Por sua vez, em relação ao SUS, pode-se caracterizá-lo na forma de uma garantia institucional fundamental, tendo em vista que os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender encontram-se estabelecidos e regulamentados pela própria Constituição de 1988. Significa dizer que os dispositivos que o conformam correspondem a garantias de organização de instituições públicas ou garantias institucionais. Em constructo cuja origem intelectual remonta a Carl Schmitt, Dimoulis e Martins explicam que as finalidades dessas garantias são criar e manter instituições indispensáveis à sustentabilidade da fruição dos direitos fundamentais, dado que sobretudo nas searas econômica, social e cultural as prestações imputadas ao Estado exigem vultosas quantias do orçamento público¹⁷¹.

Segundo Iorio, a partir da teoria das garantias institucionais, exige-se que os momentos subjetivos e objetivos dos direitos fundamentais estejam em uma relação de complementação e fortalecimento recíprocos. Assim, “a teoria das garantias institucionais foi a constatação de que os direitos fundamentais assumiam a forma tanto de direitos subjetivos como de garantias objetivas dos institutos jurídicos, destinados a guarnece-los com especial proteção, limitando mesmo a atuação do próprio legislador”¹⁷². Portanto, na visão do mesmo autor, as garantias institucionais comportam uma dúlice função, a atualizadora e materializadora do conteúdo e outra protetora da essência dos direitos fundamentais, à medida em que institucionaliza em si o plexo normativo de relações em torno de determinada instituição jurídica, adquire conteúdo significativo apto a direcionar a interpretação constitucional¹⁷³.

Em conclusão, “o direito à saúde é protegido, como o SUS, na condição de instituição pública, conta com a salvaguarda da proteção constitucional,” ao passo que “a constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental significa, ainda, que a efetivação do direito à saúde deve conformar-se aos princípios e diretrizes pelos quais foi estruturado, estabelecidos primordialmente nos artigos 198 a 200 da CF”¹⁷⁴. Conforme alude Iorio¹⁷⁵, demonstra-se possível o exercício simultâneo das funções protetora da essência da instituição de um lado e, de outro, diretiva enquanto polo atrativo das transformações

¹⁷¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58-59.

¹⁷² ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 170.

¹⁷³ Ibid., p. 216-219.

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri (org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. v. 1. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014, p. 121.

¹⁷⁵ ARANHA, Márcio Iorio. Op. Cit. p. 219-220.

historicamente assimiladas. Com efeito, urge, seguidamente, indagar sobre os fundamentos e os limites da regulação em saúde enquanto um dever de proteção imputado ao Estado.

1.5 O Dever de Regular Ações e Serviços de Interesse à Saúde

Entendido o arranjo constitucional pertinente ao direito fundamental à saúde, as finalidades do presente tópico são singelas e dúplice. De um lado, espera-se demonstrar que a concepção hoje vigente de Estado Regulatório, em conjunto à dogmática do direito fundamental à saúde, permitem a inferência de que, no campo do direito sanitário, extrai-se da Constituição de 1988 um dever estatal consistente em exercer a função administrativa regulatória em matéria de ações e serviços de interesse à saúde, com o fito de proteger, promover e recuperar o bem jurídico tutelado por esse direito. Lado outro, aporta-se um objetivo intermédio e transitivo entre o presente capítulo e o alvo temático do capítulo seguinte, isto é, a regulação em saúde sob o prisma da ordem constitucional econômica.

De pronto, assume-se como premissa de raciocínio a percepção da regulação enquanto princípio de realização da Constituição Econômica, cuja missão é concretizar os valores constitucionais em consonância à ideologia constitucionalmente adotada no Brasil¹⁷⁶. Sendo assim, admite-se que ações e serviços em saúde sejam concebidos como espécie de atividade econômica submetida à ação regulatória do Estado, por sua vez submetida a um conjunto principiológico de comandos constitucionais orientados à garantia de direitos fundamentais dos cidadãos, e não fruto de submissão do agir governamental a um conjunto discricionário de escolhas de política econômica¹⁷⁷.

Conforme anotado Menezes de Almeida, o fenômeno da regulação não é exatamente novo, mas sim esquecido durante um largo tempo, na teoria e prática do direito administrativo. Na verdade, “regulação é conceito que existe há tempo, mas tradicionalmente não era concebido, pela doutrina brasileira, dentre as peças fundamentais da edificação do Direito Administrativo”¹⁷⁸. Lado outro, não é dado ao mesmo direito administrativo cerrar os olhos diante de novas realidades, como adverte Vieira de Carvalho Neto: “O Direito Administrativo

¹⁷⁶ ARANHA, Márcio Iorio. Regulação como princípio constitucional de comportamento econômico: a falta de sintonia no setor de telecomunicações. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, p. 211-217, 2009, p. 214.

¹⁷⁷ CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 54-56.

¹⁷⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “regulação” no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 69-94, out./dez. 2005.

deve se abrir às novas tecnologias. Deve compreender e decodificar desafios sociais. Deve se reconstruir, se reinventar, buscar novas legitimações no mundo contemporâneo, de sociedades de massa e realidades complexas”¹⁷⁹.

Ainda, o termo “regulação” comporta uma multiplicidade de sentidos, porém não se afasta de um constante e focalizado controle exercido por órgão público sobre atividades reputadas relevantes para determinada sociedade, incluindo-se aí funções normativas, administrativas e judicantes. Refere-se também a um processo, consoante à dicção de Azevedo Lopes:

O termo regulação tem uma multiplicidade de sentidos. Isso não afasta um eixo de percepção que é um constante e focalizado controle exercido por um órgão/agência público(a) sobre atividades relevantes para a sociedade, acumulando para isso funções normativas, administrativas e judicantes. Outra característica da regulação é tratar fundamentalmente de uma realidade que tem raízes nos sistemas econômicos e político-burocráticos, sendo operacionalizada por formas jurídicas e técnico-científicas. A regulação abrange, ainda, três aspectos básicos: a) fixação de padrões; b) coleta de informações; c) transformação comportamental.

(...)

A regulação como processo de produção artificial de normas por entidades autônomas incrustadas no Estado deve sua existência a uma concepção moderna de direito e instituições políticas. Esse fenômeno de deslocamento de poder normativo ocorre a partir de alguns pressupostos: 1) a consolidação de um sistema político-burocrático, 2) a constituição de um sistema econômico, 3) a positivação do direito como sua produção artificial em regras formais com hipóteses de incidência e sanções que visavam a regular comportamentos, 4) instituições jurídicas e políticas concebidas funcionalmente para a consecução de utilidades sociais, como por exemplo o estabelecimento da paz, do bem-estar social, da vida mais agradável possível e 5) o estabelecimento de aplicações técnico-científicas como meio para consecução dessas finalidades sociais¹⁸⁰.

Portanto, muito além da regulamentação, importa definir regulação, uma vez que a conceituação se revela determinante para atrair o regime jurídico incidente sobre eles. Em termos práticos, para estabelecer um acordo intersubjetivo semântico e evitar maiores digressões terminológicas. Nesse sentido, adota-se nesta tese a definição de regulação exposta por Azevedo Marques, segundo o qual a função regulatória consiste em “modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses internos ao sistema regulado e à satisfação de finalidades públicas, condicionado aos

¹⁷⁹ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. Alguns novos rumos do poder de polícia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, a. 24, n. 8, p. 45-48, ago. 2012, p. 48.

¹⁸⁰ LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios jurídicos e regulação**. 251 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 60-64.

limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico”¹⁸¹. Assim, quer dizer o autor que a intervenção é indireta, porque opera no domínio econômico ou social sem assumir para si as atividades sobre as quais se projeta. Ademais, destina-se a buscar o citado equilíbrio entre interesses e finalidades, pois decorre do manejo de prerrogativas exorbitantes pelo Estado a partir de instrumentos de intervenção legalmente previstos para a satisfação de uma ordem de objetivos definidas em ambiência política. Nessa senda, a regulação é hodiernamente afirmada enquanto método de disciplina estatal que se pauta em novo paradigma de intervenção do Estado no domínio econômico. “Em outros termos, quando estamos diante de intervenção de ordem regulatória, o Estado não assume obrigação de prover uma utilidade. Pode ocorrer de o Estado ter a obrigação (e dela dar cabo direta ou indiretamente, delegando aos privados) e ainda assim preservar para si a atividade regulatória”¹⁸².

Na mesma linha intelectual, urge a superação da ambiguidade que diz respeito à expressão atividade econômica no âmbito da linguagem jurídica no geral e do texto constitucional em particular. Da interpretação dos arts. 170, *caput*, 173, *caput* e §1º, e 174, todos pertinentes ao título da ordem econômica da Constituição de 1988, torna-se viável apontar a atividade econômica como gênero e, simultaneamente, enquanto espécie. Assim, recolhe-se em Grau a categorização de atividade econômica em sentidos amplo e estrito. Em escopo estrito, o art. 173 enuncia as hipóteses em que é dado ao Estado a exploração direta de atividade econômica, isto é, o ente estatal atua como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Em sentido amplo, a expressão atividade econômica pode ser encontrada no art. 174 ou no art. 170 do mesmo diploma fundamental. Quando o parágrafo único do último dispositivo preconiza que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” e o seu *caput*, que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por finalidade assegurar a todos existência digna, esses comandos não se limitam às matéria que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua exploração lucrativa. Para o autor, a expressão em sentido amplo compreende os serviços públicos, a atividade econômica em sentido estrito e mesmo as atividades ilícitas, as quais admitem especulação lucrativa, mas cujo exercício é vedado por lei¹⁸³.

¹⁸¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 524.

¹⁸² *Ibid.*, p. 556.

¹⁸³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 20 ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023, p. 94.

Em síntese, ao tratar do ofício do Estado na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica, o art. 174, *caput*, da Constituição da República diz respeito à globalidade da atuação estatal. Desse modo, é viável concluir que a atuação reguladora congloba as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Nesse sentido, ao caracterizar as ações e serviços de saúde como de relevância pública e determinar caber ao Poder público dispor sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle, ainda que facultado a terceiros, inclusive pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, tem-se por imperativo o regime jurídico das atividades econômicas em sentido amplo. Disso, extrai-se, por exemplo, a necessidade de defender o consumidor e o meio ambiente ou de assegurar a livre concorrência e a função social da propriedade. Para as finalidades desta tese, isso importa bastante, à medida em que fornece parâmetros, fundamentos e objetivos de atuação, seja para a atuação do Estado Regulador na conformação jurídica das ações e dos serviços em saúde, seja para o controle de juridicidade efetuado pelo Estado-juiz em face das escolhas regulatórias perfectibilizadas em matéria sanitária. Em síntese, almeja-se assumir argumento, no campo específico da saúde, segundo o qual “é forçoso dar concretude à Constituição, o que automaticamente atrai a questão do controle da atividade administrativa, um controle que se fará com base na obrigatória observância de princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública”¹⁸⁴.

Noutro giro, o direito fundamental à saúde situa-se topograficamente no título da ordem social da Constituição de 1988. De saída, caso se adote, ainda com Grau, que a ordem econômica constitucional consiste em um conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a certos fins políticos do Estado, é viável concluir que “a alusão a uma ordem econômica e social ou a uma ordem econômica e a uma ordem social reproduz o equívoco semântico que supõe econômica a produção e social a repartição”¹⁸⁵. De todo modo, a remissão à expressão “ordem econômica e social” é um constante nos textos da tradição constitucional brasileiro, cabendo à ANC de 1987-1988 inovar ao trazer uma ordem social apartada de outra econômica.

Por conseguinte, sem questionar que toda a ordem jurídica é social, porquanto se volta à ordenação social, certo é que a inserção de uma seção própria sobre saúde em capítulo acerca da seguridade, por sua vez sito em título da ordem social, tem o condão de viabilizar a conclusão de que também a regulação de ações e serviços de interesse à saúde tem por base o primado do

¹⁸⁴ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. Controle jurisdicional da administração pública: algumas ideias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 199, p. 121-141, jul./set. 2013, p. 130.

¹⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit. p. 63.

trabalho e objetivam alcançar o bem-estar e a justiça sociais, à luz do art. 193, caput, do texto constitucional. Igualmente, compete novamente ao Estado exercer a função de planejamento das políticas sociais, garantindo a participação cívica em todas as etapas do ciclo das políticas públicas, desde a formulação até a avaliação.

Ante essas razões de índole constitucional, tende a ser inconcebível o cumprimento do dever estatal no sentido de garantir mediante políticas sociais e econômicas o direito de todos à saúde sem que isso perpassasse, necessariamente, a regulação em saúde (art. 196, CRFB/88). Isso vale para a busca do equilíbrio de interesses internos ao sistema regulado e à satisfação de finalidades públicas, a qual deve se fundamentar nos pressupostos e na linguagem do direito sanitário enquanto método e ramo do Direito. Também não se visualiza possibilidade jurídico-constitucional para facultar-se à iniciativa privada o domínio da assistência à saúde (art. 199, CRFB/88) ou permitir-se a pessoa física ou jurídica de direito privado a execução de ações e serviços de saúde, a partir da regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público (art. 197, CRFB/88), sem recorrer-se aos instrumentos e linguagem do modelo regulatório brasileiro. Por fim, reputa-se que são inatingíveis as competências constitucionais dirigidas ao SUS, vertidas em ações tais como controlar, fiscalizar, participar e ordenar, fora do Estado regulador.

Para Moreira Neto, admitidos novos referenciais democráticos na gestão dos interesses públicos e relativizada a tradicional fórmula doutrinária da tripartição de funções, verifica-se a instituição de novos órgãos independentes, de maneira a dotar o ente estatal de novos centros de poder especializados e autônomos, informados por recíprocos controles, inclusive de matiz social pela cidadania. Em sua visão, “a nova função de regulação exsurge, assim, não tanto como um simples amálgama ou um híbrido daquelas funções tradicionais, mas com uma nova tipicidade, em que estão presentes características de cada uma delas, bem como as de outras novas funções”¹⁸⁶

Portanto, revela-se escorreita a inferência de Azevedo Marques no sentido de que, tratando-se de função estatal, decorre do sistema jurídico pátrio um dever de regular:

É a regulação uma função estatal. Isso significa que, necessariamente, ela deve ser exercida para satisfação de finalidades públicas, traduzindo-se como efetivas obrigações que a autoridade competente tem de desenvolver. De fato, a edição de atos regulatórios permite não apenas a satisfação de finalidades públicas, mas também guia a prática de atividades pelos particulares ao conferir previsibilidade e segurança jurídica sobre as regras do jogo. Essas são decorrências típicas da atividade regulatória normativa, sendo outras, ainda, oriundas dos outros tipos de regulação. Mencione-se, assim, a garantia da efetividade das normas regulatórias pela fiscalização e sanção após regular processo administrativo sancionador.

¹⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 96-97.

Desse modo, há um dever de a autoridade reguladora exercer as competências que lhes são conferidas por lei¹⁸⁷.

Ademais, o próprio enfoque funcional dá ensejo à reconstrução dogmática do Direito Administrativo, em consonância ao pensamento de Schirato. Nessa perspectiva, demonstra-se possível afirmar que “a nova ciência do Direito Administrativo consiste no ramo da ciência jurídica que tem como objetivo estudar, estruturar e organizar as normas jurídicas que estabelecem, disciplinam e regulam as funções administrativas”¹⁸⁸. Corolário dessa definição é o entendimento no sentido de que “o ponto central do objeto da ciência do Direito Administrativo é a origem normativa dos afazeres e das finalidades da Administração Pública e sua vinculação a finalidades impostas pelo Direito”¹⁸⁹.

Sendo assim, para as finalidades deste empreendimento científico, importa concluir pela existência de um dever estatal específico, com assento constitucional, consistente na regulação de ações e serviços de interesse do direito sanitário como corolário da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde. Nesse cenário, torna-se imperativo avaliar a conveniência e a compatibilidade constitucional do aparato estatal pressuposto em relação à função regulatória.

1.6 A conveniência do conceito de Estado Regulatório em matéria sanitária

Inicia-se a presente subseção com a tarefa de demonstrar a compatibilidade da ordem constitucional de 1988 com o conceito de Estado Regulatório¹⁹⁰, de modo a evidenciar sua conveniência e oportunidade no cenário do direito fundamental à saúde. Pretende-se que o desenvolvimento lógico do presente capítulo seja claro. Portanto, uma vez afirmado um dever fundamental de regular as ações e serviços de interesse do direito sanitário como corolário da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde, também se torna consequência desta a existência de um maquinário estatal responsável por criar a regulação mencionada e executá-la adequadamente.

Ao final do século XIX, antes de tornar-se o único presidente democrata dos Estados Unidos da América na Era Progressiva e responsável por chefiar o ente estatal durante a 1ª

¹⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. Cit. p. 559.

¹⁸⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. **Direito Administrativo: genealogia, transformações e dogmática**. Salvador: Juspodivm, 2025, p. 377.

¹⁸⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁹⁰ Intento semelhante pode ser encontrado em: CYRINO, André. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação adequada da Constituição econômica brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

Guerra Mundial, Woodrow Wilson identificava o estudo da Administração como decorrência tardia da ciência política. Em sua concepção, o debate sobre o governo sempre esteve associado às indagações de quem deve fazer a lei e o que deve ser essa lei, ao passo que se relegava o questionamento sobre como a lei deve ser administrada sabiamente, com equidade e agilidade. Assim, a razão de ser da Ciência da Administração seria “retificar as trilhas do Governo, tornar suas opiniões mais eficientes, fortalecer e purificar sua organização e incutir em seus deveres a devoção”¹⁹¹. Segundo Wilson, naquela virada de século, mostrava-se cada vez mais difícil administrar uma Constituição do que elaborá-la, assim as questões da Administração passaram a preponderar sobre a discussão sobre os princípios constitucionais de governo¹⁹².

Em termos gerais, o Estado Regulatório consiste em constructo analítico e heurístico voltado a capturar mudanças relacionadas ao modo por intermédio do qual as estatalidades modernas governam, especialmente desde as décadas de 1980 e 1990. Nessa qualidade, o Estado Regulatório mostra-se como uma espécie de modelo sucessor do Estado de Bem-Estar, uma vez que denota uma mudança de modo ou estilo de governança observável no ambiente socioeconômico de nações capitalistas avançadas nas décadas finais do século XX.

Na década de 1970, a capacidade de intervenção estatal direta passou a ser pressionada, quando os Estados industrializados passaram a sofrer com indicadores macroeconômicos mais desafiadores, se comparados com os níveis pós-guerra. Então, nos anos 1980, diversos desses entes estatais promoveram de um lado programas de privatização de ativos públicos e, por consequência, transferindo ao setor privado o domínio sobre indústrias estratégicas, especialmente as redes de utilidade pública, o que demandou alguma forma de supervisão regulatória usualmente feita por agências reguladoras. De outro lado, introduziram programas sistemáticos de reestruturação na forma de provisão de concretização de serviços públicos, sob o rótulo de nova gestão pública (*new public management*). Em conclusão, pode-se dizer que houve significativas alterações na conformação do Estado, passíveis de sistematização nas dimensões institucional, funcional e instrumental¹⁹³.

Do ponto de vista institucional, verifica-se a emergência e a ploriferação de agências regulatórias independentes¹⁹⁴, por sua vez entendidas como órgãos estatutários funcionalizados

¹⁹¹ WILSON, Woodrow. O estudo da administração. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 56, n. 3, p. 349-366, jul./dset. 2005, p. 352.

¹⁹² WILSON, Woodrow. The Study of Administration. **Political Science Quarterly**, v. 2, n. 2, p. 197-222, jun. 1887, p. 200.

¹⁹³ YEUNG, Karen. The Regulatory State. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

¹⁹⁴ Na literatura jurídica brasileira, veja-se, *inter alia*: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 90-91 e 203-313.

como braço operacional do Estado Administrativo, sem supervisão ministerial direta. Assim, o Estado deixa de ser um entidade singular e monolítica, tornando-se um arquipélago em que se tem os órgãos centrais do Poder Executivo mais enxutos e focados em políticas, suplementado por uma série de unidades administrativas, com variados graus de autonomia em relação ao núcleo central. Nesse sentido, Rhodes busca explicar tendências distintas, mas interrelacionadas: a privatização e a limitação do escopo e das formas de intervenção estatal; a perda de funções pelos órgãos governamentais, em detrimento de sistemas alternativos de entrega de serviços; a perda de funções; a limitação da discricionariedade dos servidores públicos por intermédio da nova gestão pública, com ênfase na responsabilização da gestão e no controle político mais claro, dada a distinção mais nítida entre política e administração¹⁹⁵.

Sob a perspectiva funcional, o Estado passou de prestador direto para regulador no que toca à prestação de serviços de seguridade social e outros também essenciais. Em termos metafóricos atribuídos a Osborne e Gaebler, a função do Estado passou de remar para dirigir (*steer*) uma extensa rede de agentes privados e voluntários funcionalizados à provisão de serviços públicos¹⁹⁶.

Na dimensão instrumental, observou-se uma mudança também nos tipos de instrumentos de política pública disponíveis na caixa ferramental do Estado a fim de cumprir suas funções regulatórias, tendo em vista a inviabilidade de modelo baseado na dependência da autoridade hierárquica e da propriedade direta de recursos. Nesse sentido, torna-se comum versar sobre formas de controle mais flexíveis e negociadas¹⁹⁷.

De um lado, verifica-se a emergência de um capitalismo regulatório e da globalização da regulação. Braithwaite argumenta que as narrativas do neoliberalismo no campo da

SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002. FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. JORDÃO, Eduardo; THEVENARD, Lucas; SCHWAITZER, Bernardo (coord.). **Agências reguladoras estaduais: pesquisa empírica sobre sua maturidade institucional**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

¹⁹⁵ RHODES, Rod A. The Hollowing out of the State: The Changing Nature of the Public Service in Britain. *Political Quarterly*, 65, 138-151 abr., 1994, p. 138-139.

¹⁹⁶ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector**. New York: Plume, 1992, p. 25.

¹⁹⁷ MORAN, Michael. **The British Regulatory State: high modernism and hyper-innovation**. Nova York: Oxford University Press, 2003.

regulação consistem em mitos descritivos, pois o que se passou desde a década de 1980 pode ser melhor compreendido pelo termo capitalismo regulatório, originariamente cunhado por Levi-Faur em 2005¹⁹⁸. A partir de um ciclo histórico de quatro fases, caracterizadas por uma economia de polícia, o liberalismo “irregulável”, o Estado Provedor e, por fim, o capitalismo regulatório, percebe-se que a provisão de serviços remanesce, agora com privatizações e envolvimento de regulação, auditorias, contratos, agências setoriais e mercados regulados. Nos termos do autor, capitalismo regulatório traduz-se em fase do capitalismo, iniciada no final dos anos 1970, em que mercados se expandem ao mesmo tempo que a regulação incrementa-se e diversifica-se. Isso ocorre via regulação estatal e não-estatal, inclusive metarregulação. No geral, verifica-se que o capitalismo regulatório não reduz propriamente a presença do Estado, mas, sim, a reconfigura, ao deslocar o enfoque da intervenção e provisão diretas para um papel de orientação, monitoramento e coordenação com e por intermédio de atores privados e transnacionais¹⁹⁹.

Conforme posto por Levi-Faur, o conceito de capitalismo regulatório constrói-se a partir de observações sobre a emergência de uma particular forma de Estado – o Estado Regulatório – e de uma governança social baseada em produção, monitoramento e efetividade de regras. Assim, o ganho conceitual advém do fato que “enquanto a literatura do estado regulatório captura a extensão, escopo e direção em que a regulação amola instituições em nível nacional, o conceito de capitalismo regulatório nos permite explorar as relações entre o Estado, de um lado, e a ordem capitalista, de outro”²⁰⁰.

Por sua vez, na qualidade de um processo de intensificação das relações econômicas, políticas, sociais e culturais transfronteiras, a globalização pode ser compreendida em termos de regulação, empresas e mercados, à luz do pensamento de Drahoš e Braithwaite. Assim, torna-se necessário avaliar em que extensão princípios, padrões, regras, diretrizes e modelos de regulação convergiram. Para isso, explicitam mencionada convergência pelo menos nos campos de propriedade e contratos, finanças, meio ambiente e trabalho. Em suma, concluem que “a rede para cada domínio é contextualmente complexa, paradoxal e, portanto, requer

¹⁹⁸ LEVI-FAUR, David. The global diffusion of Regulatory Capitalism. **The Annals of the American Academy of Political Science and Social Science**, v. 598, p. 13-32, mar. 2005.

¹⁹⁹ BRAITHWAITE, John. **Regulatory Capitalism: how it works, ideas for making it work better**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008, p. 1-31.

²⁰⁰ LEVI-FAUR, David. Regulatory capitalism. DRAHOŠ, Peter (ed.). **Regulatory Theory: foundations and applications**. Canberra: ANU Press, 2017, p. 290.

menos uma compreensão semelhante a uma lei e mais um diagnóstico clínico de quando uma rede específica se estreita ou se desfaz”²⁰¹.

De outro lado, sabe-se que cada um dos Estados soberanos encontrou o seu modo de lidar com a crescente e progressiva complexidade e tarefas imputadas à Administração Pública. Nessa linha, demonstra-se mais adequado falar-se de Estados Regulatórios no plural. Por conseguinte, demonstra-se indispensável refletir sobre as implicações constitucionais de um Estado Regulatório efetivo e operante.

De acordo com Prosser, seria quase despidendo apontar que a regulação e a constituição compartilham a maior parte de suas preocupações, bem como é virtualmente impossível examinar plenamente um conjunto de instituições sem levar em consideração ambos os domínios²⁰². Porém, paradoxalmente, essa interação recíproca tende a não ser incorporada na comunidade jurídica, pois a literatura constitucional tende a negligenciar a regulação, enquanto os estudos regulatórios usualmente subestimam constrições e princípios constitucionais. Logo, torna-se importante promover uma síntese entre ambos os campos, de modo a evidenciar a dimensão constitucional da governança regulatória, isto é, saber como o aumento da regulação, de agências reguladoras, redes, delegações, entre outros, intersectam com princípios constitucionais basilares, tais como separação dos poderes, Estado de Direito, democracia, federalismo.

Em termos de aprendizado institucional e comparativo, verifica-se que a grande diversidade de regulação torna-se uma força, ao invés de uma fraqueza, porquanto se permite estudar um amplo espectro de instituições distintas e uma variedade de instrumentos regulatórios. Nesse sentido, a própria diversidade de arranjos institucionais e de abordagens regulatórias fornece amplo material para um aprendizado recíproco e comparado. Nesses termos, aponta que a diversidade não impede classificações acerca das distintas formas de regulação.

Na esteira do que tratado na subseção anterior, percebe-se que pode soar, à primeira vista, contraditório defender a necessidade de regulação econômica em temática que inaugura o Título da Ordem Social. Na verdade, além de se tratar da primeira vez em que a decisão constituinte em separar as ordens econômica e social foi tomada, a literatura regulatória já bem diferencia a chamada regulação econômica da regulação social.

²⁰¹ DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. The globalisation of Regulation. **The Journal of Political Philosophy**, v. 9, n. 1, p. 103-128, 2001, p. 123-124.

²⁰² PROSSER, Tony. Conclusion: ten lessons. OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (ed.). **The Regulatory State: constitutional implications**. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 306-307.

Observa-se nesse cenário que o design regulatório tem sido melhor desenvolvido e estudado na vida econômica, em detrimento da regulação na área social. Corre-se, portanto, o risco de adotar uma visão demasiadamente estreita do que é regulação, focada unicamente no econômico e relegado o social.

A questão de fundo refere-se a dois modelos concorrentes de regulação. A “regulação como controle” pauta-se em correção das falhas de mercado com o fito de promover eficiência e competição, o que, em última instância, via independência institucional e regras estáveis, assegurará previsibilidade a investidores. Assim, visto que o regulado e o regulador se relacionam em moldes contratuais, verifica-se que a consulta dedica-se preponderantemente à coleta de evidência, ao passo que a decisão tem caráter tecnocrático, obtendo-se responsividade desta por instrumentos de direito privado e judicialização pontual²⁰³.

Por sua vez, a “regulação como empreendimento” persegue tanto eficiência quanto metas sociais indissociáveis, tais como direitos, coesão e inclusão. Nesses termos, a regulação deve ser informada por deliberação, proporcionalidade e *accountability* pública, afinal torna-se um empreendimento coletivo envolvendo governo, regulador e regulados. Sendo assim, os órgãos regulatórios sociais terão um conjunto complexo de raciais e justificações, em comparação àquele mais familiar aos reguladores econômicos, assim como não se limitarão a executar as decisões governamentais, dado que também farão decisões substantivas por si. Em palavras diretas, “reguladores sociais são responsáveis por promover direitos humanos e pela promoção de solidariedade e inclusão social (...) um desenvolvimento interessante é ver a promoção de direitos humanos como um empreendimento conjunto entre reguladores, tribunais administrativos e as próprias cortes judiciais”²⁰⁴.

Então, mostra-se salutar, para fins de avaliar as implicações constitucionais do Estado Regulatório, ampliar o enfoque ao que usualmente perfectibilizado pela regulação econômica para abarcar também formas regulatórias pautadas por raciais de promoção e proteção de direitos (*rights-based regulation*). Em síntese, argumenta-se que “as implicações constitucionais da regulação tornam-se ainda mais evidentes, é claro, quando nos afastamos da regulação econômica para entendê-la como um meio de proteger direitos ou de fornecer

²⁰³ PROSSER, Tony. *Models of Economic and Social Regulation*. OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (ed.). **The Regulatory State: constitutional implications**. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 36-39. PROSSER, Tony. **The Regulatory Enterprise: government, regulation, and legitimacy**. Oxford, Nova York: Oxford Academic Press, 2010.

²⁰⁴ PROSSER, Tony. *Models of Economic and Social Regulation*. OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (ed.). **The Regulatory State: constitutional implications**. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 41-42.

instrumentos para a deliberação”²⁰⁵, o que aporta diversas e mais complexas preocupações e objetivos no tangente à reforma regulatória.

No campo dos direitos socioeconômicos, verifica-se uma tensão inerente entre a visão de serviços essenciais como uma forma de direito ou de titularidade de um lado e, de outro, como uma utilidade a ser submetida a mercados competitivos que promovem a eficiência econômica e não necessariamente levam em questão preocupações distributivas. Segundo Graham a regulação pode ser vista sob o quadro de direitos, especialmente os de natureza econômica e social, desse modo a competição e a eficiência não monopolizam o foco, admitindo-se a universalização do acesso aos serviços essenciais como elemento decisivo no design regulatório do Estado²⁰⁶.

Em relação às multiplicidades de Estados Regulatórios, como se vê em Moreira Neto, costuma-se apontar as experiências tedesca e anglo-saxã como paradigmáticas ao fenômeno da regulação:

No Direito, todavia, o conceito teórico de regulação sistêmica, inovando uma nova percepção do equilíbrio na convivência, surgiu muito depois das experiências históricas haverem desenvolvido certas funções reguladoras setoriais.

Realmente, desde a Idade Média já se havia percebido a conveniência de articular-se uma harmonização setorial de interesses complexos para alcançar um micro-equilíbrio independentemente do todo social; foi o que ocorreu, ainda no âmbito exclusivo da auto-regulação, com a experiência das corporações de ofício, e, na Idade Moderna, com a disciplina desenvolvida na Alemanha para o uso das águas e com as anglo-saxônicas, aplicadas inicialmente aos setores de transporte aquaviários, nos Estados Unidos, e ferroviários, na Inglaterra.

O pionismo desses dois países anglo-saxões no campo da regulação setorial independente de interesses, não só se revela na multiplicação dos entes encarregados dessas novas funções como na elaboração doutrinária que se foi neles amealhando²⁰⁷.

A preferência pela regulação conduzida por expertos técnicos pode ser considerada, por mais de um século, um caso de excepcionalismo americano. Desde a promulgação do *Interstate Commerce Act* em 1887, verifica-se uma mudança de paradigma no qual as disputas comerciais nos Estados Unidos da América deixam de ser geralmente resolvidas por intermédio de litigância privada para serem endereçadas por regulação governamental. Para Glaeser e Shleifer, “durante a Era Progressiva, agências reguladoras em níveis estadual e federal assumiram o controle sobre competição, política antitruste, preços ferroviários, segurança

²⁰⁵ Idem. Conclusion: ten lessons. OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (ed.). **The Regulatory State: constitutional implications**. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 313.

²⁰⁶ GRAHAM, Cosmo. Socio-economic rights and essential services: a new challenge for the Regulatory State. OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (ed.). **The Regulatory State: constitutional implications**. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2010, p. 177.

²⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit. p. 68.

alimentar e sanitária, além de muitas outras áreas”, simultaneamente a política norte-americana passou por significativas mudanças, tais como a “promoção da reforma do serviço público, a utilização de referendos para decisão de assuntos locais, eleição direta de senadores, *recall* de juízes e o aumento do governo em geral”²⁰⁸.

Trata-se de um lapso sucessivo à centralidade da autoridade do governo federal na América, progressivamente construída em meados da Guerra de Secessão, ocorrida entre 1861 a 1865²⁰⁹. Antes desse evento bélico, costuma-se apontar uma desconfiança generalizada na burocracia na qualidade de administração profissionalizada e de maquinário administrativo complexo.

No entanto, cuida-se de uma imagem imprecisa diante da ausência de linearidade no processo de desenvolvimento do Estado Administrativo dos EUA, a começar pela defesa de um Poder Executivo da União forte e abrangente nos escritos Federalistas²¹⁰.

De acordo com DeCanio, após a Guerra Civil, houve um deslocamento de competências para a esfera federal, uma mudança do eixo decisório das legislaturas e tribunais em direção às agências executivas e comissões, além do estabelecimento de novos objetivos regulatórios, como, por exemplo, dirigir preços e mercados, e não só construir infraestrutura. Centrada análise nas políticas monetária e ferroviária, o autor argumenta que o surgimento do Estado Regulatório precede o século XX. Ademais, essa forma específica de Estado no país norte-americano possui origens conservadoras, haja vista que foram criadas por elites para blindar políticas impopulares e retirá-las do controle eleitoral volátil, tais como a retomada da conversibilidade ao ouro e a regulação ferroviária por técnicos. Noutras palavras mais diretas, a construção do Estado Regulatório norte-americano revela uma tensão entre expertise e democratização, porquanto não um clamor populista que levou àquele fenômeno, e sim um projeto conduzido por elites identificadas no sentido de insulamento dos órgãos administrativos decisórios dirigidos por expertise. Nesses termos, o fato de o governo tornar-se mais complexo e haver alto custo informacional implica o desengajamento da esfera cívica, de modo a transformar as políticas regulatórias em questões técnicas e difusas²¹¹.

²⁰⁸ GLAESER, Edward L.; SHLEIFER, Andrei. The Rise of the Regulatory State. **Journal of Economic Literature**, v. 56, p. 401-425, jun. 2003, p. 401.

²⁰⁹ BENSEL, Richard Franklin. **Yankee Leviathan: the origins of Central State Authority in America, 1859-1877**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

²¹⁰ WHITE, Leonard D. **The Federalists: a study in administrative history**. Nova York: Macmillan Co, 1948. MASHAW, Jerry L. Recovering American Administrative Law: Federalist foundations, 1787-1801. **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1256-1334, 2006.

²¹¹ DECANIO, Samuel. **Democracy and the origins of the American Regulatory State**. New Haven, Londres: Yale University Press, 2015, p. 222 e ss.

Por sua vez, a experiência germânica demonstrou-se diversa. No segundo pós-guerra, observou-se a literatura do direito administrativa centrada nos tribunais e construída ao redor de métodos jurístico (*juristische Methode*) e doutrinários, os quais cingiam a disciplina ao controle de legalidade de atos administrativos²¹². A partir da década de 1980 e especialmente nos anos 1990 em diante, verifica-se o soerguimento de uma Nova Ciência do Direito Administrativo (*Neue Verwaltungswissenschaft*).

Conforme Voßkuhle e Wischmeyer, essa corrente doutrinária propõe uma virada metodológica em relação ao paradigma clássico, centrado na legalidade dos atos administrativos, com controle judicial *ex post*, na hierarquia administrativo e em concepção weberiana de burocracia. Perante a progressiva complexidade social, a multiplicidade dos centros decisórios e a europeização do direito público, a visão tradicional exauriu seu poder teórico explicativo²¹³. Para a Nova Ciência do Direito Administrativo, o administrativista deve adotar uma abordagem integrada que reconheça o papel constitutivo do sistema jurídico relativamente às instituições e políticas públicas, isto é, deve-se buscar integrar a análise dogmática de um lado e, de outro, uma perspectiva funcional e regulatória.

Com uma crise do direito hierárquico ou regulativo, os acadêmicos passaram lentamente a reviver conexões antigas com a sociologia e a ciência política, em detrimento da exclusividade do método jurístico. Há, portanto, uma reorientação metodológica a partir dos anos 1990 ao paradigma da regulação, o que resulta na concepção de um Estado garantia (*Gewährleistungsstaat*). O ente estatal deixa de prover diretamente os serviços públicos para assegurar, mediante normas, contratos e incentivos, que atores públicos e privados realizem os interesses públicos. Em síntese, o direito administrativo deixa de limitar-se a apenas controlar a Administração Pública e seus atos, na verdade sua função contemporânea envolve estruturar e orientar a regulação de políticas, mercados e riscos, por intermédio de instrumentos de direcionamento ou condução (*steering*). Nessa linha, o desafio passa a ser como integrar diferentes perspectivas disciplinares num mesmo quadro metodológico, sem desistir da identidade da disciplina jurídica. Para os autores, “enquanto as ambições interdisciplinares da *Neue Verwaltungswissenschaft* adiciona um novo nível de complexidade na análise

²¹² KAHL, Wolfgang. What Is ‘New’ about the ‘New Administrative Law Science’ in Germany? **European Public Law**, v. 16, n. 1, p. 105-121, 2010. Disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Public+Law/16.1/EURO2010006>>. Acesso em 6 de outubro de 2025.

²¹³ VOßKUHLE, Andreas; WISCHMEYER, Thomas. The ‘Neue Verwaltungswissenschaft’ against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (ed.). **Comparative Administrative Law**. 2 ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 86-89.

jurídica, as limitações precedimentais e institucionais tanto da prática legal quanto da literatura acadêmica devem ser consideradas”²¹⁴.

Em termos mais amplos, consoante ao pensamento de Schneider, a regulação praticada no país e no continente europeu desafia o modelo burocrático clássico de inspiração weberiano, o qual moldou o direito administrativo alemão, tal como fundado na legalidade estrita, na hierarquia ministerial e no controle judicial *a posteriori*. Em cenário de complexidade técnica e incertezas, a visão do maquinário estatal como um executor de normas em cadeia de comando e controle torna-se demasadamente limitado, à luz das exigências dos setores regulados. Afinal, nesse novo paradigma, o Estado torna-se responsável por organizar ativamente os mercados de utilidades públicas no que toca, por exemplos, aos padrões de qualidade, obrigações de investimento, regras de acesso, política tarifária. Por conseguinte, a necessidade hodierna de decisões administrativas flexíveis, baseadas em conhecimento especializado e monitoramento constante, erode a praticidade do formalismo legalista²¹⁵.

Sendo assim, verifica-se que a despeito das influências percebidas tanto do sistema legal de *common law* quanto de seus congêneros civil-romanísticos na ambiência de reformas regulatórias na América Latina, a incorporação do paradigma regulatório nessas famílias legais se operou sob bases conceituais e institucionais distintas. Nos primeiros, verifica-se o desenvolvimento do direito administrativo em bases pragmáticas com forte vinculação aos poderes criativos dos tribunais, assim como centrado na construção de garantias processuais informadas pelo *due process of law*. Assim, o Estado de Direito (*rule of law*) atuou como limite anterior e externo ao próprio Estado, permitindo que a criação de agências independentes se legitimasse por sua vinculação à racionalidade procedimental e à controle judicial da administração. Nos últimos, especialmente nas experiências alemã e francesa, o Estado de Direito (*Rechtsstaat* e *État de droit*) ancorou-se sob os preceitos da legalidade e da hierarquia normativa. Considerando a fonte do Direito, por excelência, a lei, esta simultaneamente limita e capacita o ente estatal. Nesse contexto, o deslocamento da ênfase do controle de legalidade para a gestão da regulação - como se verificou com a Nova Ciência do Direito Administrativo (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*) e o modelo do Estado garantia (*Gewährleistungsstaat*) - representou uma mudança epistemológica de grandes proporções e relativamente tardia. Afinal, o direito administrativo passou a estruturar políticas e mercados, e não apenas se

²¹⁴ *Ibid.* p. 95.

²¹⁵ SCHNEIDER, Jens-Peter. Regulation and europeanisation as key patterns of change in Administrative Law. RUFFERT, Matthias (ed.). **The Transformation of Administrative Law in Europe: la mutation du droit administratif en Europe**. Munique: Sellier European Law Publishers, 2007, p. 309-313.

destinava a controlar *ex post* a Administração Pública²¹⁶.

No contexto latino-americano, a partir da última década do século XX, constata-se uma virada à governança regulatória, como se vê pela difusão de agências reguladoras autônomas por virtualmente todos os países e múltiplos setores. Levi-Faur e Jordana dão conta que no período de 1979 até 2002 passou-se de 43 agências para 134, sendo que as nominalmente autônomas passaram de 21 a 119. Um marco inicial é o setor financeiro nos países andinos, à luz das chamadas missões Kemmerer em 1920. Porém, as reformas regulatórias ganham tração nos anos 1980 e 1990 a partir de ideias como a crise do estado desenvolvimentista, a tríade liberalização, privatização e democratização, além da consolidação estatal. De acordo com os autores, trata-se de uma variável aproximativa que dá conta de uma reestruturação estatal mais ampla, desde o Estado interventor pautado em tributação e gastos públicos para um Estado Regulatório baseado na criação de regras, formalização de procedimentos e formas flexíveis de regulação²¹⁷.

Ainda, os autores percebem que enquanto até 1979 a difusão das entidades caracterizava-se por setor, desse marco em diante o fenômeno passou a obedecer multicritérios, especialmente entre setores específicos dentro de países e por países dentro de setores da economia. Do ponto de vista setorial, observa-se que o ritmo é definido inicialmente por setores das finanças (bancos centrais, serviços financeiros, seguros) e nos anos 1990 pelas áreas das telecomunicações e da eletricidade. Noutra banda, percebe-se maior lentidão em setores como meio ambiente, segurança alimentar, farmacêutica e serviços postais, indicando sobretudo uma tendência geral latino-americana no sentido de que a regulação social fique significativamente atrás da regulação econômica. Por sua vez, na dimensão nacional, os países variam em termos múltiplos aspectos, *verbi gratia* *timing*, simultaneidade entre setores, abrangência da cobertura do setor, nível de autonomia, fragmentação organizacional. Do ponto de vista regional, percebe-se que a autonomia nominal das agências tornou-se uma regra, usualmente com a finalidade de incrementar a credibilidade da política setorial junto a mercados e investidores. No entanto, o desenho institucional na prática varia segundo diversos fatores, tais como regras de indicação e estabilidade, composição, fontes orçamentárias. Em suma, a ascensão de Estados Regulatórios na América Latina não acarretaram em retração da presença

²¹⁶ FLEINER, Thomas. Common Law and Continental Law: Two Legal Systems Some Elements of Comparative Constitutional and Administrative Law with regard to those two Legal Systems. SCHNEIDER, Hans-Peter; KRAMER, Jutta; TORITTO, Beniamino Caravita di (ed.). **Judge made Federalism?** Baden-Baden: Nomos, 2009, p. 226-257.

²¹⁷ LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. Toward a latin american Regulatory State? The diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors. **International Journal of Public Administration**, v. 29, n. 4, p. 335-366, abr. 2006.

ou da participação dos entes na vida econômica ou social, mas sim em uma reinstrumentalização a partir de nova roupagem²¹⁸.

Sob a perspectiva institucional, Jordana anota a reconstrução do Estado administrativo no continente latino-americano em prol de um Estado Regulatório caracterizado por uma governança por setor. No entanto, a onda institucional caracteriza-se por uma amálgama institucional, pois combinou influências externas e heranças administrativas locais. Já vistos os primeiros aspectos, o Estado Regulatório não surge *deus ex machina*, pela mera importação de um modelo anglo-saxão, tendo em vista um longo processo histórico de camadas sucessivas que remonta ao período colonial e à formação dos Estados nacionais, especialmente as *superintendencias* e *juntas* de origem ibérica, haja vista que estas denotaram um modelo de supervisão técnica centralizada que persistiu, com variações, ao longo do tempo. Durante o século XX, a lógica intervencionista e desenvolvimentista dos Estados latino-americanos ampliou a burocracia e criou instâncias especializadas. Porém, é exatamente na década de 1990, sob o impulso das políticas de democratização, liberalização e privatização, que surge, de fato, uma arquitetura estatal regulatória voltada à criação e ao controle de mercados. Nesse contexto, a proliferação de agências reguladoras autônomas apresentou traços inspirados em modelos europeus e norte-americanos, mas adaptados às realidades institucionais e políticas da região²¹⁹.

Não se cuida de peculiaridade própria do aparato regulatório. Por ilustração, no que toca à regulação do sistema de Justiça, Veronese e Val dão conta que nas décadas de 1990 e 2000 houve uma proliferação de conselhos de justiça por toda América Latina, cujo referencial pátrio é o CNJ. Logo, o fenômeno de difusão institucional pode ser compreendido de um lado pela proposição internacional e, de outro, pela adaptação endógena dessa pressão exógena pelo sistema político nacional, por intermédio da cultura jurídica²²⁰.

Jordana argumenta que o Estado regulador latino-americano constitui um híbrido institucional, combinando influências externas e heranças administrativas locais. Em sistemas presidenciais e com burocracias fragmentadas, as agências tornaram-se órgãos tecnocráticos de uso estratégico pelos Executivos, dotados de relativa autonomia formal, porém dependentes, de fato, da vontade política e da reputação profissional de seus dirigentes. Assim, longe de representar uma simples importação do modelo anglo-saxão, o fenômeno regulatório na América Latina reflete a tentativa de conciliar compromissos de credibilidade econômica com

²¹⁸ Ibid, loc. cit.

²¹⁹ JORDANA, Jacint. The institutional development of the Latin American regulatory state. LEVI-FAUR, David. **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

²²⁰ VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. Notas comparativas acerca dos conselhos nacionais de justiça do Brasil e da Argentina. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 7-21, 2008, p. 11.

estruturas políticas personalistas e sistemas jurídicos de tradição civilista²²¹.

Na prática, todavia, a difusão e a independência das agências na ambiência latino-americana demonstram significativa heterogeneidade e fragilidades, considerando as dimensões das responsabilidades regulatórias, autonomia de gestão, independência política e *accountability*. Portanto, de acordo com Peci, a existência de um compromisso crível com vistas a sinalizar estabilidade a investidores não se revela suficiente para garantir a independência de fato das agências, bem como a simples privatização de ativos e estatais não basta para determinar esse estado às entidades. Também possuem efeitos limitados a abertura comercial do país e a existência de pressões externas. Na verdade, observa-se uma correlação positiva entre a independência e a existência de mais atores com poder de veto e a democratização do país. Noutro giro, fatores como influxos autoritários, crises fiscais e demandas redistributivas podem reduzir a autonomia na prática gozada pelas agências reguladoras, além de incentivar fusões e recentralização das utilidades públicas ou alterar prioridades regulatórias²²².

Dentro das linhas gerais até aqui traçadas, o caso brasileiro no que diz respeito à ascensão do Estado Regulatório comporta peculiaridades não desprezáveis emanadas da realidade constitucional do país. Nesse sentido, torna-se possível e recomendado afunilar o escopo para se verificar a compatibilidade dessa arquitetura regulatória do ente estatal em relação à ordem constitucional brasileira, especialmente no que é relativo ao conceito de Constituição Econômica.

1.6.1 Constituição econômica brasileira e o direito fundamental à saúde

Conforme minudentemente visto na seção anterior, a regulação consiste em hipótese de intervenção estatal na vida econômica e traduz-se em função administrativa passível de apreensão por uma nova ciência do Direito Administrativo. O caráter econômico da regulação estatal mesmo com o objetivo de concretizar a objetivos de políticas sociais é inexorável. Vieira de Carvalho aponta que “na segunda metade do século XX, retraindo-se a atuação direta do Estado na economia, modalidades de atuação indireta do Estado (como desdobramento lógico do processo) vieram a ser privilegiadas, consubstanciando as políticas regulatórias”²²³. Portanto, o fenômeno da regulação deve ser compreendido “como opção de política econômica

²²¹ JORDANA, Jacint. Op. Cit. p. 163-165.

²²² PECI, Alketa. O Estado regulador na América Latina. CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; SILVA, Mauro Santos. **Reformas do Estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios**. Rio de Janeiro: Ipea, 2020.

²²³ CARVALHO, Carlos Vieira de. Op. Cit. p. 35.

em que o Estado deixa de ser o produtor de bens e serviços, de assumir diretamente atividades passíveis de exploração lucrativa, mas continua a atuar sobre o mercado, utilizando instrumentos de autoridade”²²⁴.

Em esforço de definição, Tavares afirma que “a regulação é modalidade de intervenção estatal, classificada quanto ao seu conteúdo e forma. Caracteriza-se pela imposição, por meio de lei, de determinações acerca do desenvolvimento de atividades econômicas visando ao interesse público”²²⁵.

Por sua vez, bem anota Iorio que a intervenção estatal, nesse sentido, deve ser entendida como garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais, podendo tratar de prestação de serviços públicos, mas também outras atividades da Administração Pública²²⁶. Nesse cenário, o autor aponta em relação especificamente ao direito sanitário o seguinte:

A plena fruição do direito à saúde em suas diversas dimensões de devido diagnóstico, prognóstico e tratamento médico encontra-se intrinsecamente relacionada com as disposições concretas de financiamento da educação universitária médica e de áreas afins, de financiamento das pesquisas universitárias relativas ao desenvolvimento de equipamentos e métodos laboratoriais, de construção de uma rede de energia elétrica confiável para preservação dos equipamentos auxiliares, de edificação de redes nacionais e internacionais de banda larga para telemedicina, do devido equacionamento e acompanhamento da liquidez de sistemas de saúde suplementar, enfim, de uma lista abrangente de atuação estatal e não-estatal concertada segundo uma batuta unificada na figura interventora, mesmo que indireta, do Estado (não do governo) como espaço público de construção de soluções²²⁷.

Considerando tratar-se a função administrativa regulatória uma modalidade de intervenção indireta da estatalidade no domínio econômico, torna-se possível compreender o porquê da compatibilidade do Estado Regulador na experiência brasileira requerer o exame da teoria da Constituição Econômica. Por consequência, está em questão a necessidade de um tratamento jurídico da política econômica e pressuposta a conveniência de um estudo motivado pelo direito econômico, haja vista o conteúdo econômico das normas jurídicas.

Em consonância ao pensamento de Aguillar, o Direito Econômico representa uma espécie de tradução jurídica da política econômica estatal. Assim, cuida-se de

²²⁴ Ibid. p. 36.

²²⁵ TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (ed.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 181.

²²⁶ ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 10 ed. Londres: Laccademia Publishing, 2025, p. 11

²²⁷ Ibid. p. 12.

instrumentalização jurídica das políticas públicas na economia, ao buscar estudar e sistematizar o “conjunto de normas e institutos jurídicos que permitem ao Estado exercer influência, orientar, direcionar, estimular, proibir ou reprimir comportamentos dos agentes econômicos num dado país ou conjunto de países”²²⁸. Nesse sentido, demonstra-se a regulação pública da economia, estruturando a ordem jurídico-constitucional da organização jurídica do modo capitalista de produção econômica. Em síntese, cuida-se da disciplina jurídica que instrumentaliza o papel do Estado na economia capitalista.

Decerto, muitos são as interpretações e os enfoques possíveis sobre a faceta econômica das Constituições, no entanto para bem compreender o conceito de Constituição Econômica deve-se voltar nossos olhos ao período histórico das Grandes Guerras e do surgimento do constitucionalismo social e, por consequência, do exaurimento no plano ideológico do Estado liberal típico.

Na verdade, o que de mais novo surgirá na intervenção do Estado será sua vontade de uma direção sistemática do conjunto da economia. Se, no Estado Liberal, a política econômica era perseguir o equilíbrio entre oferta e demanda e a intervenção da estatalidade deveria se limitar a eventuais conjunturas que distorcessem esse equilíbrio, já no paradigma europeu de Estado do entre guerras, tinha-se a tarefa de assegurar condições para se aumentar as condições sociais da população e a renda nacional. Portanto, a ação sistemática do Estado sobre as estruturas econômicas não poderia deixar de provocar uma transformação paralela nas técnicas e instituições do ordenamento jurídico. Na inteligência de Comparato, o “novo direito econômico”, situado em tal contexto, emerge como a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico organizando, para tanto, as técnicas jurídicas necessárias para a concretização da política econômica estatal²²⁹.

Na Constituição brasileira de 1988, observam-se decisões fundamentais e meditadas sobre a inserção de regras econômicas na estrutura constitucional, a denotarem uma forma específica no tempo e no espaço atinente à abordagem das relações econômicas e jurídico-políticas dentro da estrutura do Estado e na sociedade capitalista contemporânea no Brasil. Certamente, a historicidade conflituosa mediante a qual se talhou a Constituição Econômica brasileira é assunto monográfico por si só²³⁰. O mesmo se diga em relação à ordem econômica

²²⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1.

²²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 465-467.

²³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Constituição econômica brasileira: o estatuto jurídico do econômico e as posições do Estado brasileiro na economia: conceito e história**. São Paulo: Thomson Reuters, 2024. PILATTI,

positivada no texto constitucional²³¹. Para os estreitos fins desta subseção, basta compreender o que segue na esteira de Tavares:

Cumpre, aqui, esclarecer que “ordem econômica” é a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico preordenado juridicamente. A ordem econômica, como bem explica Vital Moreira, não coincide com a Constituição Econômica, aquela mais abrangente que esta. Por “Constituição Econômica” – guardadas todas as dificuldades materiais de conceituação que possam existir – entende-se a “parcela” da Constituição diretamente relacionada ao econômico”. É importante ressaltar que, ao receber influência de toda a sistemática constitucional, estas passam a receber influência de toda sistemática constitucional. Assim, se, por um lado, a constitucionalização do âmbito econômico era praticamente inevitável, já que a intervenção do Estado tornou-se necessária, por outra parte, dela emergem consequências importantes, pela consideração de todo o contexto constitucional. Atente-se, entretanto, a que as regras da “Constituição Econômica” não se restringem apenas às regras de intervenção do Estado na economia, mas buscam também regular o próprio sistema econômico²³².

Assim, conforme já ventilado, entende-se a razão de ser do rompimento com a tradição constitucional brasileira, quando se optou por dividir em dois títulos as ordens econômica e social. Segundo Süsskind, adotada a ideia divisiva desde o anteprojeto Afonso Arinos, “a razão principal para essa orientação há de ter sido a intenção de enfatizar a importância das normas de caráter social, ordenadas num capítulo, com princípios que lhe são próprios”²³³. Porém, em crítica do autor, pode-se perder de vista o inquestionável entrelaçamento entre a ordem econômica e a ordem social, pois, ao fim e ao cabo, deve-se compreender que o fim do desenvolvimento econômico é a realização da justiça social, assim como aquele mostra-se

Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. NUSDEO, Fábio. A Constituição econômica. **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, v. 17, n. 66, p. 101-117, abr./jun. 2019. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. MORAES, Filomeno. **Constituição econômica brasileira: história e política**. Curitiba: Juruá, 2011. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Econômica. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 178, p. 18-23, out./dez. 1989.

²³¹ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit. NUSDEO, Fábio; PINTO, Alexandre Evaristo. **A ordem econômica constitucional: estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: RT, 2019. MARINHO, Josaphat. A ordem econômica nas constituições brasileiras. **Notícia do direito brasileiro**, Brasília, v. 2, p. 93-105, 1971. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ordem econômica na Constituição. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 32, n. 8, p. 165-172, maio/jun. 2000. HORTA, Raul Machado. A ordem econômica na nova constituição. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição brasileira 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. VIDIGAL, Geraldo de Camargo. A Ordem econômica. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição brasileira 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Ordem econômica na constituição de 1988. **Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 54-68, 1990. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Apec, 1989. SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²³² TAVARES, André Ramos. Op. Cit. p. 174.

²³³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direitos Sociais na Constituinte**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 48.

condição necessária à consecução dos objetivos sociais. Ainda, “há princípios que têm relevo tanto para a organização da ordem econômica, como para a implantação da justiça social”²³⁴.

Nada obstante tenham sido os dispositivos da Seção “Da Saúde” (arts. 196 e 200) do texto constitucional objeto de extensa análise no curso deste capítulo, percebe-se da própria linguagem do texto constitucional a imperatividade da gramática regulatória na seara da saúde.

De forma ampla, o art. 174 da Constituição de 1988 admite o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, cabendo-lhe o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento e sendo o grau de vinculatividade deste indicativo para o setor privado. Disso se extrai que a função administrativa regulatória deve atenção aos princípios gerais da atividade econômica com o fito de assegurar a todos existência digna, por consequência o direito à saúde no âmbito privado²³⁵ deve obediência, *inter alia*, à defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, função social da propriedade.

Por sua vez, a ordem social tem por objetivo o bem-estar, ideal, como já visto, intimamente relacionado ao conceito de saúde. Ademais, também nas políticas sociais deve o Estado exercer a função de planejamento em todo o ciclo das políticas públicas, isto é, nos seus processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação.

Especificamente em relação à saúde, o art. 196 enuncia-o como dever do Estado, o qual deve ser garantido por políticas econômicas e sociais. Disso, é claro o vínculo da matéria sanitária a ambas as ordens. Não bastasse isso, de um lado, ações e serviços de saúde são expressamente reconhecidos como de relevância pública, ainda que executados por pessoas física e jurídica de direito privado, hipótese na qual compete ao Poder Público as funções de regulamentar, fiscalizar e controlar. De outro lado, a Constituição faculta, em seu art. 199, à livre iniciativa privada a assistência à saúde, inclusive em complemento ao sistema único de saúde, respeitadas condicionantes, como vedações à participação de empresas ou capitais estrangeiros e à comercialização de sangue ou de órgãos, tecidos e substâncias humanas.

Com base nessa orientação teleológica-sistemática, demonstra-se viável entender que não só o conceito de Estado Regulatório é compatível com a Constituição Econômica brasileira de 1988, mas, sim, cuida-se de uma exigência constitucional. Dito de forma direta, assim como existe um dever-poder atinente ao exercício da função administrativa de regulação em matéria sanitária, extrai-se da dimensão objetiva do direito fundamental à saúde a construção de um aparato regulatório específico a esse campo.

²³⁴ Ibid. p. 49.

²³⁵ SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

2 ESTADO ADMINISTRATIVO E PARÂMETROS PARA O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

O presente capítulo tem por objetivo compreender como o modelo Estado Administrativo construiu-se, principalmente no cenário norte-americano, e se as lições dessa arquitetura jurídica são válidas na experiência brasileira, especialmente diante do forte componente social previsto na Constituição de 1988 movido por direitos fundamentais. Ademais, será o intento desta parcela da tese compreender como esse dever de regulação insere-se dentro de uma perspectiva mais ampla de divisão funcional dos poderes estatais, de maneira a ressignificar o conteúdo e o alcance do princípio da separação dos poderes. Por fim, pretende-se estudar as formas de controle judicial dos atos regulatórios com o fito de identificar critérios objetivos para justificar a intervenção do Judiciário em políticas públicas de saúde ou a interdição do controle judicial em atos administrativos relativos aos ciclos de políticas sanitárias.

Na esteira desses objetivos, além desta introdução, o itinerário argumentativo do capítulo divide-se em quatro partes. De início, pretende-se lançar mão da noção de Estado de Direito como parâmetro normativo voltado a compreender e avaliar o fenômeno jurídico da regulação no bojo de uma administração pública complexa. Pautado no ideal de um ente estatal informado por leis e razões, busca-se tecer considerações acerca do equilíbrio fino a ser logrado pela atuação regulatória em termos tanto de eficiência na execução dessa função de Estado quanto de observância dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à preservação, proteção e promoção da saúde.

A segunda parte refere-se à doutrina e ao princípio da separação dos poderes em matéria regulatória. Assim, objetiva-se perquirir como esse ideal limitativo do poder político remanesce possível diante de uma organização político-administrativa do Estado marcada pela governança em rede, e não mais por uma estrutura piramidal, conforme defendido por Guerra²³⁶.

A terceira parte versará sobre a dinâmica de interação entre as instâncias republicanas sob as luzes da teoria dos diálogos institucionais, principalmente em matéria regulatória. Logo, pretende-se desse empreendimento argumentativo refletir sobre as zonas de intersecção entre o direito à saúde, regulação e precedentes, tema que inspira a presente tese.

²³⁶ GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

A quarta parte do capítulo representará um exercício comparativo referente ao contexto dos Estados Unidos da América. Nessa linha, a pretensão reside em estudar a construção norte-americana do Estado Administrativo e como isso foi possível mediante a fixação de critérios relacionados à revisão judicial dos atos regulatórios.

2.1 Estado de Direito e Regulação no âmbito da Administração Pública Contemporânea

O Estado de Direito consiste em uma conquista civilizatória da humanidade e resulta dos influxos das revoluções e movimentos liberais do século XVIII. Porém, curiosamente, é só no século XIX que a expressão em si surge no contexto alemão para designar um ente estatal pautado nas razões. Nas palavras de Mayer, o termo “Estado de Direito” vem a dar nome a um processo já em curso à época e ainda inconcluso²³⁷. Sendo assim, o Estado de Direito caracteriza-se pela existência de um direito racional realizável pela razão na seara da vida em comum dos homens²³⁸.

Na reconstrução perfectibilizada por Ferrajoli, o conceito de Estado de Direito pode ser dividido em dois eixos categóricos, um sentido fraco ou formal e outro forte ou substancial. No formal, o Estado de Direito caracteriza-se pela submissão do poder público à lei, distinguindo-se em relação ao que se passou no absolutismo. No entanto, a qualificação de fraco deve-se ao fato que o ideal regulatório apenas impõe o Estado deve seguir a legalidade na origem e na forma. Já no sentido forte, a vinculação do poder à lei é fundamentada em princípios jurídicos de matiz material. Nesse sentido, estão em questão dois modelos distintos de Estado²³⁹.

No sentido fraco ou formal, verifica-se o Estado Legislativo de Direito, onde a legalidade estrita é o critério de reconhecimento do direito. No sentido forte ou substancial, temos o Estado Constitucional de Direito, no qual a centralidade encontra-se na Constituição, seja como norma superior de reconhecimento, seja na qualidade de referência para os mencionados princípios materiais.

Nesse contexto, Ferrajoli distingue os dois modelos em termos de direito, ciência jurídica e jurisdição. No Estado Legal, o princípio da legalidade é a única fonte de validade do

²³⁷ MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. t. 1. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

²³⁸ BÖCKENFÖRDE, Erns Wolfgang. Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho. In: BÖCKENFÖRDE, Erns Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madri: Editorial Trotta, 2000, p. 18.

²³⁹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417

direito, com a ciência jurídica limitada à interpretação do direito positivo e a jurisdição focada na simples aplicação da lei aos fatos. Noutro giro, no Estado Constitucional, a lei demonstra-se subordinada à Constituição. Assim, a validade do direito deve ser analisada à luz da Constituição, o que confere à ciência jurídica um caráter mais crítico e prospectivo. A jurisdição, por sua vez, deve operar em conformidade com a Constituição, portanto assegura-se que a aplicação das normas jurídicas se pautem por ela²⁴⁰.

A ideia de Estado de Direito comporta uma promessa no sentido de proteger a comunidade política contra o exercício arbitrário dos poderes, a partir de ferramentas depreendidas do sistema jurídico. Logo, o direito torna-se o meio para temperar o exercício do poder, evitando-se um uso desmedido. Para Postema, há três princípios que decorrem do núcleo duro da ideia de Estado de Direito: a soberania do direito, a igualdade no direito e a fidelidade. A soberania exige que aqueles que exercem o poder governem com a lei (legalidade) e que a lei os governe, então apenas aqueles atos que são preconizados pelo direito revelam-se legítimos. Por sua vez, a igualdade demanda que a proteção provida pelo direito esteja acessível em bases igualitárias a todos aqueles que estejam vinculados a ele. Por fim, a fidelidade requer que todos os membros dessa comunidade tenham deveres em manter uns aos outros, especialmente os agentes públicos, responsáveis (*accountable under the law*) pelos seus atos perante o direito²⁴¹.

Conforme já desenvolvido em esforços investigativos antecedentes²⁴², a passagem de um Estado Liberal de Direito para outro Social de Direito resulta de pressão social decorrente de demandas em quadro marcado pela desigualdade, no qual gracejava a ausência de fruição empírica de direitos a maior parte da população. Nesse sentido, reclamou-se um perfil governamental mais provedor, intervencionista e ativo na satisfação de necessidades públicas vitais. Portanto, o centro de gravidade do ente estatal passa a abranger exigências de igualdade, pleno emprego, segurança existencial e conservação do trabalho. Em síntese, “não somente o Estado tem a sua seara de atuação extraordinariamente ampliada para abranger tarefas

²⁴⁰ Ibid., p. 424-429.

²⁴¹ POSTEMA, Gerald J. **Law's Rule: the nature, value, and viability of the Rule of Law**. Nova York: Oxford University Press, 2022, p. xi.

²⁴² FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2895>>. Acesso em: 14 fev. 2024.

vinculadas a essas novas finalidade econômicas e sociais que, agora, lhe são atribuídas, como o próprio ordenamento ganha um novo grau de complexidade”²⁴³.

Ocorre que o Estado Social, em diversos contextos, inclusive o brasileiro, conduziu à expansão excessiva do aparato burocrático, a ponto de caracterizar um intervencionismo desmedido e, em alguns casos, aproximando-se do autoritarismo. Na verdade, o aumento das funções do Estado, ao tentar atender todas as demandas sociais, resultou em uma sobrecarga da administração pública. A resultante dessas expectativas irrealizáveis derivadas de uma sociedade de massas foi a ineficiência e a incapacidade de cumprir plenamente as funções estatais esperadas perante sociedade. O crescimento demasiado do Estado interferiu nas liberdades individuais, econômicas e empresariais, com uma redução drástica da capacidade de ação autônoma dos cidadãos. Nesse contexto, passa-se a falar na falência do Estado Providência a partir de duas crises, a de legitimidade e a de financiamento.

Nos países centrais, a partir da década de 80 passou-se a referir ao Estado Providência como instituição em crise. A provisão estatal de seguro-desemprego, de assistência social sem custo, incluindo setores como saúde e educação, previdência social, etc., deu origem, ao longo dos anos, a enorme déficit orçamentário, cujas consequências nefastas começaram a se fazer sentir apenas algum tempo após a sua instituição. Ainda que se reconheça que tais medidas cumpriram seu papel conjunturalmente, o sistema é generalizadamente tido por inepto, ineficiente, deformador moral e inibidor do desenvolvimento da economia privada. O fenômeno da crise do Estado de Bem-Estar Social ocupou lugar preponderante na produção teórica sociológica, econômica e jurídica dos países centrais nos últimos anos. Fomentou o ressurgimento vigoroso do neo-liberalismo, das teorias autopoéticas, do discurso privatista, do individualismo metodológico, coincidindo historicamente, não por acaso, com o declínio veloz das economias planificadas no painel político do planeta²⁴⁴.

Sendo assim, a percepção progressiva da falta de legitimidade da administração pública de planejar e realizar escolhas administrativas, em detrimento da autodeterminação dos indivíduos e da sociedade, culminou em modificações na concepção de juridicidade vinculativa ao poder público e de regulação econômica. Dito de outra forma, a hipertrofia do intervencionismo estatal afetou diretamente a concepção de regulação. Em vez de ser um instrumento de equilíbrio entre interesses públicos e privados, a regulação passou a ser vista como uma imposição unilateral do Estado, com pouca ou nenhuma participação dos indivíduos ou da sociedade civil. O que deveria ser um mecanismo de mediação e diálogo transformou-se em uma ferramenta de controle rígido, onde o público foi confundido com o estatal. Nesse

²⁴³ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 36.

²⁴⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

sentido, a regulação perdeu seu caráter de mediação social, sendo ditada de cima para baixo, sem considerar suficientemente as liberdades individuais e a dinâmica de mercado.

Isso importa na medida em que a intervenção do Estado na sociedade por meio de políticas sociais tem como derivação a existência de uma relação de direito positivo estabelecida entre o cidadão e o Estado. Segundo Fleury, “a intervenção estatal via políticas sociais, regulando e/ou propiciando condições de manutenção e reprodução de uma parcela da população, é considerada uma função intrínseca ao Estado moderno, configurando padrões de direitos sociais próprios a cada nação”²⁴⁵.

Posto esse breve panorama de preocupações decorrentes das teorias do Estado e da regulação, importará aqui especialmente o modelo de Estado Democrático de Direito derivado da concepção de Estado de Direito e seus reflexos na prestação de políticas públicas em matéria de saúde. Portanto, é possível dizer que esse paradigma estatal surge de uma síntese cumulativa e contraditória das influências do liberalismo e de reclamos socializantes, cujos elementos foram incorporados e reinterpretados. Em suma, sob uma perspectiva integrativa, o caráter democrático desse modo de ser do Estado de Direito requer um aprofundamento dos procedimentos institucionais e legais, resultando no fortalecimento da democracia e da cidadania, conforme observado por Carvalho Netto:

Liberdade e Igualdade são retomadas como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, coautores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto²⁴⁶.

No caso brasileiro, o Estado Democrático de Direito erigido pela Constituição de 1988, nos termos de seu art. 1º, caput, demonstra a imperatividade de um componente democrático na operacionalização do Estado de Direito. Diante de uma sociedade desigual e carente de direitos sociais básicos, o Estado Democrático de Direito caracteriza-se por um compromisso em favor da concretização de direitos fundamentais.

Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um

²⁴⁵ FLEURY, Sônia. **Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1994, p. 11.

²⁴⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 37.

instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Entretanto, isso não foi ainda suficientemente assimilado pelos juristas. O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito.

(...)

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. (...) Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais²⁴⁷.

Desse modo, o papel da legalidade perante o agir administrativo e a função estatal da regulação são ressignificados sob as luzes desse paradigma constitucional. Concebida a juridicidade administrativa na condição de uma legalidade mais ampla e exigente, é certo que o poder público atualmente não se encontra apenas vinculado ao direito que ele próprio cria, o direito legislado, mas também se condiciona a regras, princípios e postulados cuja força vinculativa não se encontra na sua esfera de disponibilidade. Assim, a vinculação administrativa refere-se ao direito, e não à legalidade. Assume-se, por conseguinte, a juridicidade como núcleo do ordenamento jurídico-administrativo, que não se esgota na lei, e a partir de seus ditames limita-se a atuação das estruturas decisórias da administração pública. Se caduca a justificação dos pilares do direito administrativo unicamente na força do princípio da legalidade, os estudos sobre o fenômeno da regulação econômica passam a questionar até que ponto a função legislativa prevalece na configuração e definição dos critérios decisórios e das limitações subjacentes ao exercício em concreto da função administrativa²⁴⁸.

Para além de reflexos evidentes em fenômenos, tais como a substituição da lei como fundamento precípua do agir, deslegalização, enfraquecimento vinculativo da legalidade, entre outros, importa para o contexto regulatório o que Otero denomina de “ativismo” constitucional da administração pública. É dizer que, dado um texto constitucional definidor de normas programáticas, um projeto de nação e um programa de ação transformador da realidade em favor de um modelo de bem-estar social, a administração pública é definitivamente e progressivamente chamada a produzir bens e prestar serviços aptos à satisfação de necessidades

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47-53.

²⁴⁸ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 15-16.

coletivas identificadas pela Constituição, a título de concretização dos direitos fundamentais económicos, sociais e culturais.

Se a Constituição estabelece um modelo de bem-estar e o impõe como programa de acção ao Estado na efectivação de direitos económicos, sociais e culturais, importa deixar claro que o texto constitucional se encontra, simultaneamente, a conferir à Administração Pública um protagonismo político que ultrapassa tudo aquilo que os teóricos liberais do fenómeno constitucional podiam imaginar.

(...)

Num sistema em que o protagonismo da Administração Pública na efectivação do modelo constitucional de sociedade acaba ainda por resultar da própria Constituição, pode bem afirmar-se que o sucesso ou o fracasso da ordem constitucional subjacente ao seu programa de transformação da sociedade e de efectivação dos direitos sociais se encontra depositado na Administração Pública: o Estado-constitucional e o Estado-legislativo cederam lugar, por efeito da própria dinâmica voluntarista subjacente à cláusula constitucional de bem-estar, a um Estado-administrador.

(...)

Adoptando uma diferente óptica, verifica-se que se as Constituições programáticas "expropriaram" o legislador ordinário de um conjunto de opções políticas que o legislador constituinte resolveu chamar a si, a centralidade da Administração Pública na implementação desse programa permitiu conferir ao decisor administrativo, além de um papel activo na implementação do bem-estar, um poder político de facto que, contribuindo ainda mais para uma desvalorização do poder legislativo, acabou por expressar um fenómeno de "desenvolvimento constitucional" a favor do protagonismo da Administração Pública no moderno Estado de bem-estar²⁴⁹.

Noutro giro, em consonância ao que identificado em capítulo antecedente, as transformações operadas no direito pelo neoconstitucionalismo também acentuam o protagonismo judicial em matéria de implementação de políticas públicas sociais por um governo. Assim, diante de uma gramática da jurisdição constitucional no qual se insiram princípios com notável textura aberta, vagueza ou relativa indeterminação de cláusulas gerais abertas, torna-se possível ao magistrado, mediante provocação, controlar o agir administrativo e nas escolhas regulatórias feitas pelas instâncias governamentais ou neutrais do Poder Executivo. Em um cenário marcado pela judicialização das políticas públicas, também o Estado de Direito corre riscos, em nome da efectivação de direitos fundamentais económicos, sociais e culturais e da superação de um quadro renitente de desigualdades materiais entre os cidadãos. Sendo assim, no afã de cumprir as promessas civilizatórias do Estado Democrático de Direito, é possível visualizar no Poder Judiciário o destinatário das esperanças de concretização do projeto constitucional emancipatório.

Logo, certamente há riscos ao Estado de Direito derivados da adoção de uma perspectiva neoconstitucional, considerando, por exemplo, as conclusões de Tamanaha no sentido de que a política e a teoria do Estado de Direito traduzem-se em três temas. São eles a limitação do

²⁴⁹ Ibid., p. 31-32.

governo pela lei como meio de restringir as arbitrariedades, a exigência da legalidade em sentido formal vertida em ordem de regras estabelecida e mantida pelos governos e a preferência a um governo de leis, não de homens, à luz de uma desconfiança com relação a potenciais abusos inerentes ao poder de governar²⁵⁰.

Nesse sentido, não há como desconsiderar o potencial crítico decorrente das considerações de Galvão, quando se imputa ao neoconstitucionalismo a aptidão para corroer o ideal político referente ao Estado de Direito. Em sua dicção, ao se desconsiderar a dignidade da legislação e relegar a legalidade a um segundo plano, em favor de princípios, ponderação e direitos fundamentais, porquanto a legalidade relaciona-se ao tratamento dos cidadãos como sujeitos capazes de empregar normas jurídicas como guias de conduta. Assim, em sua visão, “ao questionar insistentemente a constitucionalidade das normas jurídicas e ao defender uma interpretação constitucional totalizante e transformadora, essa corrente doutrinária acaba minando alguns dos modos pelos quais a legalidade respeita e amplifica a dignidade humana”²⁵¹.

Em suma, o emprego de certa versão do neoconstitucionalismo na temática das escolhas regulatórias e de políticas sociais pode representar dificuldades ao ideal do Estado de Direito. Isso pode ocorrer, exemplificativamente, ao preconizar a irradiação das normas e valores constitucionais relacionados essencialmente a direitos fundamentais como pauta interpretativa de todo direito infraconstitucional, um significativo deslocamento de poder da esfera legiferante e executiva para a judicante por força da judicialização da política e das relações sociais, o reconhecimento da força normativa dos princípios e respectiva importância na aplicação do direito, a rejeição ao formalismo e a proposição de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a técnica da ponderação.

Porém, repisando-se, uma vez mais²⁵², a adoção do neoconstitucionalismo como chave de leitura, o problema parece mais colocado no modo de fazer, e não exatamente no que fazer ou no instrumento metodológico utilizado. Conforme um dos expoentes dessa vertente teórico, demonstra-se viável, dentro das lentes neoconstitucionalistas, diagnosticar o caráter ineficiente e excessivo da atuação do Poder Judiciário em matéria de dispensação de medicamentos pelo SUS para, em seguida, formular parâmetros que justifiquem a legitimam a atuação judicial nesse

²⁵⁰ TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 114-129.

²⁵¹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 175. doi:10.11606/T.2.2012.tde-29082013-113523. Acesso em: 22 de outubro de 2024.

²⁵² Ver a exposição realizada na seção 1.1.

campo social, a título de cumprir o mandamento constitucional pertinente à proteção e à promoção do direito fundamental à saúde²⁵³.

A partir da explicitação da evolução da regulação e do desenvolvimento do papel da administração pública no Estado de Direito, torna-se, enfim, possível advogar por uma abordagem humanizada e constitucionalmente adequada à regulação estatal de processos econômicos e serviços públicos. Nessa direção, Sunstein é particularmente feliz quando conclui pela possibilidade de uma regulação humanizada, a qual considere, simultaneamente, cálculos econômicos e elementos humanos, tais como respeito, dignidade. Portanto, pode-se dizer que uma análise de custo-benefício própria de um Estado Social Regulatório não se limita a ponderar quantitativamente valores monetários, uma vez que é cabível propô-la para além de métricas financeiras, ao também se incorporar o bem-estar e os direitos dos indivíduos. Em síntese, subscreve aqui uma crença segundo a qual a regulação constitucionalmente adequada deve almejar balancear preocupações pragmáticas, v.g. a escassez de recursos e a complexidade e tecnicidade das escolhas regulatórias, com aspectos emocionais e psicológicos da avaliação de riscos, justamente com a finalidade de evitar ineficiências no desenho de políticas públicas²⁵⁴.

No objeto desta tese, as ações e serviços de interesse à saúde, mobilizadas por políticas públicas e escolhas regulatórias, são particularmente influenciadas por valores não quantificáveis em termos monetários, o que indica a particular importância de instrumentos jurídicos emanados desse equilíbrio entre o pragmático e o axiológico. Na verdade, conjectura-se, de um lado, que grande parcela das intervenções inadequadas, excessivas ou desproporcionais nesse processo são motivadas por esses elementos os quais fogem do escopo mais estrito de *homo economicus*. De outro lado, as dimensões estruturantes e universalizantes das deliberações e diretrizes judiciais extraídas das sistemáticas processuais da repercussão geral e dos recursos repetitivos podem atuar em auxílio a esse problema.

No que diz respeito à conciliação da regulação em saúde e teorias de justiça, as últimas têm como principal preocupação a organização de uma sociedade mais justa por meio da distribuição de direitos, deveres e recursos. Logo, as reflexões oriundas dessa corrente teórica impactam tanto na filosofia política quanto na filosofia moral, haja vista que na primeira interessa como as instituições e a juridicidade podem ser estruturadas para garantir uma

²⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007.

²⁵⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life: humanizing the regulatory state**. Chicago: The University of Chicago Press, 2014, p. 47-64 e 111-136.

sociedade justa, ao passo que na segunda questionam-se os valores e as normas passíveis de servir como guias orientadores das ações dos indivíduos e das instituições. Para além de diletantismo, essas inferências refletem-se na elaboração e na aplicação das normas constitucionais em determinado contexto sociopolítico. Em matéria de regulação, a matéria merece indispensável atenção:

Somando-se os aspectos antes destacados ao postulado da eficiência, a regulação estatal, como fundamento jurídico, deve alcançar a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício possível de outros interesses constitucionalmente protegidos e, secundariamente, com o menor dispêndio de recursos públicos.

A escolha regulatória fundamenta-se, portanto, do ponto de vista da teoria da justiça, na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais de maneira adequada, necessária e proporcional. A regulação deve levar em conta fundamentos técnicos e científicos que visem atender ao interesse público substantivo sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto²⁵⁵.

Sendo assim, revela-se determinante o emprego do ideal político Estado de Direito na qualidade de parâmetro referencial com a finalidade de compreender e avaliar a função estatal da regulação em uma acepção jurídica no âmbito de uma administração pública matizada pela complexidade de suas escolhas e decisões. Igualmente, importa no inegável fenômeno de deslocamento do poder normativo do Estado Democrático de Direito desde as instâncias legislativas para as executivas e judiciais o objetivo primordial de guardar equilíbrio entre a eficiência na execução das políticas públicas sociais e a concretização de direitos fundamentais, mediante a entrega de bens e a prestação de serviços ao corpo cívico.

2.2 Separação dos Poderes, função administrativa regulatória e diálogos institucionais

A partir do século XX, as constituições acumularam à função de “estatuto jurídico do político” atribuições pertinentes à ordenação da vida econômica e social de seu povo. Ademais, essa plêiade de competências não se demonstra estanque e isolada, porquanto se passou a compreender que proclamação de direitos fundamentais e dos meios subjacentes de concretização não seria bastante para garantir a normatividade do texto constitucional. Nessa linha, Gargarella dá conta de uma deficiência sistemática em contexto latino-americano, quando se prioriza a positivação de direitos fundamentais de índole social, econômica e cultural, em

²⁵⁵ GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 162-163.

detrimento de alterações estruturais no arranjo institucional motivado pela organização político-administrativa do Estado, a sala de máquinas da Constituição²⁵⁶. Isso porque os primeiros exigem um volume significativo de recursos públicos para que se concretizem empiricamente na realidade histórica de um país.

Verifica-se, ainda, que a realização do direito fundamental à saúde, mediante atos regulatórios, demanda compreensão prévia e específica da divisão funcional de poderes subjacente a essa tarefa constitucional. De acordo com Loewenstein, pode-se entender o exercício do controle do poder político em dois eixos, o vertical e o horizontal. No primeiro, o fenômeno do controle manifesta-se por meio das categorias fundamentais do federalismo, dos direitos fundamentais e do pluralismo político. Já no segundo eixo, o controle se expressa precipuamente de quatro maneiras. A primeira delas refere-se o parlamento em relação ao governo, o que se dá desde a chancela das nomeações feitas pelo Poder Executivo até hipóteses extremas de responsabilização política dos governantes. A segunda maneira se dá com o governo em relação ao parlamento, à luz da capacidade normativa e da participação no processo legislativo. A terceira verte-se nos tribunais em relação ao governo e ao parlamento, o que se realiza a partir do controle judicial dos atos políticos, administrativos e legislativos. Enfim, a quarta maneira refere-se ao eleitorado relativamente ao governo e ao parlamento, mediante o exercício de instrumentos democráticos, seja diretamente, seja por meio de seus representantes, mediado pelo voto popular²⁵⁷.

Na visão de Piçarra, a separação dos poderes enquanto doutrina tem origens remotas na teoria da constituição mista, onde interessa as formulações de Aristóteles²⁵⁸ e Políbio²⁵⁹. O primeiro quando imputa à constituição mista o equilíbrio das classes sociais por intermédio de sua participação no exercício do poder político à medida em que aquelas participam dos órgãos constitucionais, enquanto no segundo já se tem que cada classe acessa apenas o órgão constitucional a que está destinada e cada órgão constitucional funciona como um limite e um contrapeso em relação aos demais²⁶⁰.

²⁵⁶ GARGARELLA, Roberto. **La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014, p. 7.

²⁵⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 232 e ss.

²⁵⁸ ARISTÓTELES. **Constituição dos atenienses**. Trad. Delfim Ferreira Leão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3 ed. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2009. ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1985.

²⁵⁹ POLYBIUS. **História**. 2 ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996.

²⁶⁰ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 31-40.

As origens próximas referem-se ao Estado de Direito (rule of law), a partir de autores como John Locke²⁶¹, Montesquieu²⁶² e Jean-Jacques Rousseau²⁶³, com significativas dissonâncias entre elas. Significa dizer que o objetivo fundamental da limitação do poder político revela-se um tema recorrente do pensamento ocidental. Assim, a doutrina da separação dos poderes surge, pela primeira vez, na Inglaterra do século XVII pela boca de seus inimigos, a partir de sua associação à ideia de rule of law. Dito de outra forma, o princípio da separação dos poderes surge como elemento essencial do Estado de Direito. Em sua primeira formulação, o princípio deriva da necessidade de separar os autores das leis de seus executores, portanto “para que os cidadãos sejam governados por leis imparciais, os autores destas não hão de, simultaneamente, julgar e punir as suas violações”²⁶⁴.

Sendo assim, a doutrina da separação dos poderes surge para romper com os arranjos sociais e políticos vigentes no medievo, especialmente a unidade entre indivíduo e sociedade política. Centrada no primado da lei, o arcabouço doutrinário complementa os direitos fundamentais de liberdade-autonomia dos sujeitos privados, com a finalidade de garantir que o poder estatal estivesse suficiente limitado para atuar contra os indivíduos. Contudo, importa perceber que as referências do princípio no modelo de Estado Liberal de Direito são contraditórias, pois o conceito iluminista de lei deriva da experiência francesa (com Rousseau) e alemã (com Kant), a separação entre Estado e sociedade remonta também à Alemanha e a ideia de um Estado mínimo perante a autonomia privada em que a separação dos poderes funcionaria como um sistema de freios e contrapesos governamentais provém do contexto norte-americano. Portanto, “aqui residirá uma das principais causas da equivocidade de sentidos do princípio da separação dos poderes e da sua invocação em nome de soluções jurídico-constitucionais antagônicas”²⁶⁵.

No contraste evidenciado entre a soberania da lei e a relativização do poder estatal em face da liberdade-autonomia dos sujeitos privados, restam caracterizadas duas acepções muito distintas de Estado Liberal de Direito, inclusive do ponto de vista geográfico. A primeira se instaurou no continente europeu, ao passo que a segunda gracejou em ambiência anglo-saxã,

²⁶¹ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

²⁶² MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 2 ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

²⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social**. Trad. Mário Franco de Sousa. Lisboa: Presença, 2010.

²⁶⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 51.

²⁶⁵ Ibid., p. 149.

notadamente nos Estados Unidos da América. A primeira pode ser denominada Estado de legislação parlamentar e a segunda, Estado de jurisdição executor de constituição²⁶⁶.

A distinção fica hialina em Tocqueville, a ponto de afirmar que nenhuma nação do mundo até aquele momento teria constituído um poder judiciário da mesma maneira que os americanos, pois na experiência desse país o juiz é uma das primeiras forças políticas. Em comum com outras nações, o magistrado americano assemelha-se a congêneres de outros países em três características, pois (i) serve de árbitro de contendas, o que se traduz em processos e contestação, (ii) só age se for provocado, ostentando uma natureza passiva, e (iii) somente se pronuncia-se sobre casos particulares, e não acerca de princípios gerais. Porém, o imenso poder político do juiz vislumbrado por Tocqueville decorre da possibilidade de fundar suas decisões na constituição, isto é, deixar de aplicar uma lei que lhe pareça inconstitucional, conquanto os limites desse poder residem na própria observância do texto constitucional e na obrigatoriedade de apenas criticar leis por meios judiciários²⁶⁷. Nesse exato sentido, pode-se caracterizar o Estado Liberal de Direito como um ente estatal executor da constituição pela jurisdição.

Já o Estado de legislação parlamentar se notabiliza pela fé que se deposita na vontade geral do povo vertida em leis. Para Rousseau, o contrato social dá existência e vida à entidade política, mas é a legislação que lhe dá movimento e vontade, estabelece todos os direitos, une direito aos deveres e dirige a justiça para a sua finalidade. Assim, ele designa por “República todo o Estado regido por leis, seja qual for a sua forma de administração, porque só assim pode governar o interesse público e a coisa pública representar alguma coisa”²⁶⁸. Sendo assim, a figura do legislador é necessária e praticamente divina, pois lhe compete modificar a natureza humana, transformar cada indivíduo numa parte de um todo maior. “O legislador é, em todos os aspectos, um homem extraordinário no Estado (...) é uma função particular e superior, que nada tem de comum com o império humano; porque se aquele que dirige os homens não deve dominar nas leis, também aquele que domina as leis não deve dirigir os homens”²⁶⁹.

Igualmente, a concepção moderna-iluminista da lei encontra-se em Kant o seu principal artífice, porque em sua metafísica dos costumes há uma moralidade decorrente de leis racionais apriorísticas. Assim, em um continente ético, é possível diferenciar o direito da moralidade a partir dos planos interno e externo das ações dos indivíduos. De acordo com Kant, o direito é

²⁶⁶ Ibid., p. 151.

²⁶⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. v. 1. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 111-117.

²⁶⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social**. Trad. Mário Franco de Sousa. Lisboa: Presença, 2010, p. 52.

²⁶⁹ Ibid., p. 54.

legítimo na hipótese de a ação guardar conformidade com a lei universal haurida da moralidade. Com efeito, as leis do Direito devem ser construídas de forma que os indivíduos racionais possam a elas consentir na qualidade de uma máxima de conduta, bem como a liberdade dos seres racionais ganha forma na autonomia, isto é, na medida em que são capazes de legislar para si mesmos de acordo com a razão. Em suma, entra em cena a ideia da vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal, afinal “a vontade não está pois simplesmente submetida à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem de ser considerada também como legisladora ela mesma, e exactamente por isso e só então submetida à lei (de que ela se pode olhar como autora)”²⁷⁰.

Para os estreitos fins desta tese, importa perceber as representações contraditórias das linhagens do Estado Liberal de Direito, a depender da ênfase conferida à legislação ou à jurisdição, assim como a existência de um robusto edifício teórico que fundamenta a importância assumida pela legalidade no Estado de Direito.

Ainda nesse contexto, da leitura que Arendt faz de Montesquieu, verifica-se que o problema da separação das funções governamentais deriva da necessidade de contenção do poder perante a violência da tirania e às liberdades individuais, isto é, surge para endereçar a tensão entre liberdade individual e autoridade pública. Dito de forma direta, a máxima “o poder detém o poder” sustenta toda a estrutura dos poderes separados. Há, na verdade, uma relação complementar dessa teoria com a visão emprestada à legalidade:

Mas o poder, ao contrário do que tendemos a pensar, não pode ser refreado, pelo menos não de maneira confiável, pelas leis, pois o chamado poder do governante que é refreado no governo legal, constitucional, limitado, na verdade não é poder, e sim violência, é a força multiplicada de um que monopolizou o poder dos muitos. Por outro lado, as leis sempre correm o risco de ser abolidas pelo poder dos muitos, e num conflito entre lei e poder raramente a lei sai vitoriosa. Mas, mesmo supondo que a lei seja capaz de refrear o poder - e é sobre essa suposição que devem se fundar todas as formas realmente democráticas de governo, para que não degenerem na pior e mais arbitrária das tiranias -, a limitação que as leis podem impor ao poder só pode resultar num decréscimo de sua potência. O poder só pode ser refreado e ainda continuar intacto pelo poder, de forma que o princípio da separação do poder não só fornece uma garantia contra a monopolização do poder por uma parte do governo como também oferece efetivamente uma espécie de mecanismo, embutido no próprio núcleo interno do governo, que gera constantemente um novo poder, que, porém, não é capaz de crescer e se expandir em prejuízo de outros centros ou fontes de poder.²⁷¹

²⁷⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, p. 72.

²⁷¹ ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 200.

Em suma, Möllers bem identifica que a ideia de separação dos poderes é aplicável para uma grande variedade de estruturas governamentais, bem como é associada com princípios organizacionais completamente distintos, o que gera significativa inconsistência terminológica. De todo modo, visualiza nas distintas tradições das revoluções liberais três sentidos básicos ao termo²⁷². O primeiro refere-se à separação dos poderes como preceito para a divisão organizacional das diferentes partes das funções do Estado, assim os deveres estatais não devem ser concentrados em apenas uma instituição, sob o risco da tirania. Porém, todos os departamentos governamentais explicitados na constituição devem ser colocados em posição para levar a efeito suas atribuições de forma independente, o que denota uma autonomia estrutural interna a cada um dos poderes.

O segundo sentido diz respeito aos freios e contrapesos (*check and balances*) entre todas instituições e agentes políticos. Quer-se dizer que “o entendimento da separação dos poderes como um regime balanceado de freios protege a troca mútua entre as instituições. Essa troca mútua serve para restringir o poder pelo poder, realizando um importante racional para a doutrina dos poderes separados”²⁷³.

Enfim, o terceiro sentido consiste na separação dos poderes como barreira à usurpação de poderes, portanto “a separação dos poderes impõe uma proibição em face do exercício por um poder ou instituição em particular de poderes que não lhe foram atribuídos”²⁷⁴.

Contudo, como se parte dessas três acepções e seus reflexos no princípio da legalidade chega-se a um arquipélago de poderes e instituições que se tem no século XXI? No paradigma do Estado Social de Direito, passa-se a observar o “ativismo constitucional da Administração Pública” referido por Otero e, por consequência, a multiplicação de tarefas e deveres impostos ao poder público. Com a complexificação dos sistemas político, social e econômico na democracia de massas do século XX, observou-se a carência de recursos, tempo e instrumentos do Poder Legislativo em relação ao grande volume de atos normativos necessários.

Ademais, torna-se progressivamente indisputável que as leis e os códigos, na condição de bases do liberalismo, não conseguem esgotar todas as hipóteses fático-normativas. Logo, afigura demonstra-se imperativo a atribuição de algum grau de poder criativo do direito em instância diversa ao Legislativo, afinal se mostra impossível empiricamente impossível o esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação executiva pela lei. Nessa linha,

²⁷² MÖLLERS, Christoph. **The Three Branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 40-50.

²⁷³ Ibid., p. 47.

²⁷⁴ Ibid., p. 48.

Guerra destaca o deslocamento da primazia do Legislativo para o Executivo, o implica nova modelagem à concepção clássica da legalidade administrativa. Diante da incapacidade de oferecer soluções às questões econômicas e sociais urgentes, o parlamento viu-se alijado do processo de intervenção estatal no domínio econômico. A cumulação de serviços públicos a serem prestados pelo poder público “preparou o terreno para que ordem normativa da lei, despida de suas vestes ditas ‘idealistas’, pudesse ser substituída no contato com o cidadão por meio do regulamento, norma esta ‘mais fácil e mais expedita e beneficiando do apoio da burocracia administrativa’”²⁷⁵. Para Guerra, isso se dá no campo do direito administrativo pela concretização de escolhas pertinentes aos conceitos legais indeterminados de um lado e, de outro, pelo espaço reservado à discricionariedade administrativa que se expande.

Portanto, a centralidade da lei dá espaço a novos arranjos institucionais e normativos com o advento do Estado Social de Direito, flexibilizando-se as exigências antes preconizadas pela legalidade. A resultante é o maior protagonismo da Administração Pública em matéria de formulação e execução de políticas públicas afetas às demandas sociais cada vez mais complexas e dinâmicas.

A multiplicação das funções estatais sob o Estado Social de Direito altera significativamente a concepção de legalidade, pois o sistema normativo a cargo do legislador passa a conviver com normas flexíveis e mutáveis ditadas por órgãos administrativos. Esse estado de coisas confere à administração pública uma capacidade normativa robusta o suficiente para permitir adaptar-se às transformações sociais e econômicas. Contudo, desafiam-se as acepções tradicionais do princípio da separação dos poderes. Ao tratar primariamente ou discricionariamente sobre aspectos específicos da vida social, como em matéria de saúde, previdência e assistência social, sem a mediação direta do legislador, exige-se, por consequência, mecanismos de controle distintos para evitar a tirania e arbitrariedades.

Diante da transformação do próprio Estado em uma entidade regulatória complexa, ao produzir uma série de normas e resoluções que complementam ou até substituem a legislação tradicional, torna-se permanente e sistemática uma tensão entre a flexibilidade normativa necessária para responder às demandas sociais e a imperatividade da limitação dos poderes da administração pública, mantendo o equilíbrio entre eficiência administrativa e controle jurídico. Em decorrência do incremento da complexidade e do dinamismo das instâncias executivas no âmbito do Estado Social de Direito, observa-se a proliferação de estruturas regulatórias que,

²⁷⁵ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 71.

simultaneamente, aumentam a eficiência estatal e desafiam os limites tradicionais dos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

A nova realidade culmina em um modelo estatal conhecido como Estado Administrativo, com o início no interregno das grandes guerras e com mais ênfase na esteira do neoliberalismo percebido nas últimas décadas do século XX. Chega-se ao ponto de Ackerman propor um adeus a Montesquieu e sua separação tripartite de poderes, sob a afirmação de que o último “não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório”²⁷⁶.

O mesmo autor destaca os grandes desafios constitucionais emanados das ambições regulatórias expansivas do Estado moderno, no entanto se tornando inexorável o afastamento de entendimentos “fantasiosos” no sentido de que os especialistas burocratas apenas especificam as normas já contidas na legislação. Os reguladores criam o direito, devendo-se, na verdade, exigir que esse poder normativo suplementar baseie-se em evidências e razões públicas robustas, e não mitos de autolegitimação, ou seja, deve-se assegurar que as pretensões burocráticas de maior expertise sejam alcançadas na prática em cada escolha regulatória, e não em um discurso abstrato e genérico. Igualmente, importa afastar a fantasia de que o corpo burocrático apenas põe em prática juízos valorativos previamente realizados pelos parlamentares. Demonstra-se urgente que “as constituições modernas tomem passos construtivos para tornar conhecidos as dimensões cruciais dos julgamentos burocráticos normativos e disciplinem seus exercícios por um conjunto de técnicas que vão de participação popular à supervisão judicial”²⁷⁷.

Com a falência financeira e de legitimação do Estado Social nas décadas de 1970 e 1980, principalmente a partir de crises econômicas e pela necessidade de responder a complexos problemas sociais, o modelo regulatório de intervenção estatal no domínio econômico ganha força como alternativa à intervenção direta do Estado na ordem econômica, quer-se dizer que a função precípua se desloca da prestação de serviços públicos para a de mediação e fiscalização. A promessa desse novo arranjo institucional plural e descentralizador reside no aumento da

²⁷⁶ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 265, p. 13–23, 2014, p. 14. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/18909>>. Acesso em: 28 out. 2024.

²⁷⁷ Tradução livre. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, p. 634–729, jan. 2000, p. 696. No vernáculo, encontra-se em: ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 74–76.

eficiência administrativa e da legitimidade da administração pública, com uma atuação baseada em normas técnicas e supervisão especializada.

De acordo com uma teoria materialmente adequada à realidade constitucional brasileira, torna-se viável vislumbrar uma situação de compatibilidade constitucional entre as leis voltadas à intervenção estatal nos domínios social e econômico e o exercício da função estatal de regulação por órgãos técnicos independentes.

Em oposição a uma concepção eminentemente processual de Constituição, Bercovici alerta que uma teoria material não se limita à forma, mas também se volta ao conteúdo e à matéria dos dispositivos constitucionais: “a teoria material de Constituição tem que se preocupar, também, com o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação”²⁷⁸. Enxerga-se a tensão produtiva entre legalidade e regulação dentro de um conceito unitário de constituição total pela qual se opera a integração dialética dos vários conteúdos da vida coletiva em uma ordem fundamental. Segundo Silva, “busca-se, assim, formular uma concepção estrutural de constituição, que a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico”²⁷⁹.

A questão de fundo repousa, na verdade, na transição de um sistema constitucional axiomático-dedutivo para um sistema de caráter axiológico-teleológico. Nesse movimento, a lei deixa de ser o instrumento central do sistema, segundo uma concepção puramente abstrata a qual negava o caráter criativo no ato interpretativo da Constituição, a partir do fenômeno de perda ou erosão da normatividade. Exige-se, por conseguinte, uma abertura da Constituição e respectiva interpretação para além do normativo, abarcando também o fato social, a realidade política, conforme explicado por Bonavides:

Caiu assim o prestígio dos sistemas normativos abstratos respeitantes à ordem constitucional. Sua impotência lógica para sustentar um método interpretativo da Constituição carente de premissas sistemáticas ficou de todo patente, disso advindo uma nova posição teórica cristalizada ao redor do chamado sistema constitucional axiológico-teleológico, em substituição, portanto do malogrado sistema axiomático-dedutivo.

(...)

O novo método é pluridimensional: abre-se aos valores, aos fins, às razões históricas, aos interesses, a tudo enfim que possa ser conteúdo e pressuposto da norma. O sistema constitucional já não é tão-somente o sistema da Constituição normativa, mas está acrescido de todo aquele complexo de forças, relações e valores, que o positivismo

²⁷⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 287.

²⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

formalista deliberadamente excluía ou ignorava e cuja totalidade, na medida em que tem uma eficácia fundamental, de maneira a moldar e ativar instituições básicas, compõe a ordem material da Constituição, formando um núcleo ou círculo mais largo e compreensivo, excepcionalmente rico de conteúdo²⁸⁰.

Sendo assim, no campo da hermenêutica constitucional da ordenação regulatória da vida coletiva diante da tensão entre legalidade e regulação, demonstra-se indispensável esforço conciliatório entre normatividade e ideologia, entre conteúdo e forma. Isso porque o formalismo exacerbado esvaziou o sistema constitucional axiomático-dedutivo, mas também a teoria material da Constituição incorreu em igual esvaziamento, dado a politização da Constituição derivado da adoção da ideologia como instrumento interpretativo. Corre-se o risco de as Constituições perderem a essencialidade de seus conteúdos. Assim, “cumpre precaver-se de um equívoco que consiste em supor inúteis as operações lógicas – tão características do primeiro (axiomático-dedutivo) – na metodologia interpretativa do segundo (axiológico-teleológico), aquela inspirada em fundamentos valorativos”²⁸¹.

No específico caso do Estado Democrático de Direito erigido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, importa delinear a compatibilidade entre leis e escolhas administrativas regulatórias a partir de seus exatos contornos conceituais. Isso porque a definição de “lei” deve estar atrelada às características e demandas específicas de cada sistema jurídico, sendo imperativa uma análise contextualizada para entender a função da legalidade no contexto da Constituição de 1988. Para Clève, a Constituição de 1988 utiliza a noção de lei em diversas acepções, seja como ordem jurídica geral, norma específica votada no Parlamento, ou até como emenda constitucional. Independentemente do contexto, porém, a lei representa um mecanismo essencial de criação do direito, vinculado à atuação do Estado²⁸².

Assim, o mesmo autor identifica três tipos de leis na Constituição de 1988. De saída, há as leis de arbitragem, oriundas de matiz liberal, voltadas a conservar certas situações já juridicamente estabilizadas. Em segundo lugar, existem as leis-objetivo ou leis-medidas, sob a influência do Estado Social e da visão de Carl Schmitt²⁸³, as quais buscam reformar as estruturas econômicas e sociais da sociedade que pretende. Por fim, verificam-se também leis-integração,

²⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 135-136.

²⁸¹ Ibid., p. 137-138.

²⁸² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Lei no Estado Contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Direito constitucional: organização dos poderes da República**. São Paulo: RT, 2011, p. 147-148.

²⁸³ SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 3 ed. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 2024, p. 263 e ss.

sob a perspectiva de um Estado Constitucional e inspiradas no pensamento de Rudolf Smend²⁸⁴, cujos objetivos são promover a coesão da comunidade política e garantir uma função integradora para a sociedade. Essas leis, portanto, atuam ora como ferramentas de preservação, ora como instrumentos de transformação e unificação social.

No contexto da Constituição de 1988, Clève observa que a lei não é rigidamente conservadora nem exclusivamente reformadora, assumindo esses papéis conforme a configuração das forças políticas vigentes. No entanto, a função integradora da lei permanece constante, sendo um reflexo da dinâmica de poder político. A lei, dessa forma, concentra as relações de força e desempenha um papel essencial de mediação entre os interesses sociais, políticos e econômicos²⁸⁵. Esse entendimento enfatiza o caráter teleológico da lei, onde toda norma deve ser interpretada e aplicada em alinhamento com seus objetivos fundamentais e em conformidade com um critério de justiça deduzido diretamente do texto constitucional.

Enfim, a Constituição não se cinge a apenas mais uma lei no ordenamento jurídico, pois se constitui como Lei Fundamental, à qual todas as demais normas devem observância formal e material. Este papel central transforma os dispositivos constitucionais em um filtro de legitimidade, que orienta o processo legislativo e a interpretação das leis. Segundo Frankenberg, as constituições modernas passam a desempenhar uma função dúplice, pois confere autoridade a determinados agentes para tomarem decisões vinculantes a todos de um lado e, de outro, promove a integração da sociedade em um corpo jurídico-político, mediante a coordenação e um senso de identidade coletiva. Portanto, a Constituição também atua como instrumento de mediação de conflitos sociais, inclusive no que diz respeito à harmonização de controvérsias inerentes às demandas de distribuição de poder e recursos, ao estabelecer uma relação equilibrada entre o autoritativo e o integrativo, assim como de integração entre os diferentes atores sociais, econômicos e políticos²⁸⁶.

No universo da Constituição brasileira vigente, verifica-se a positivação de um Estado regulatório, quando se admite em seu art. 174 a qualidade do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, tudo nos termos da lei, cabendo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. No dispositivo seguinte, ao incumbir ao poder público a prestação de serviços públicos, admite que isso se dê na forma de concessão e permissão, novamente nos termos da lei, a qual também cabe dispor sobre o regime das empresas

²⁸⁴ SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José M. Beneyto Perez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

²⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Id., p. 154-155.

²⁸⁶ FRANKENBERG, Günter. Constituição como gramática de conflitos sociais. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, n. 14, p. 58-72, out./nov. 2006. p. 62-63.

concessionárias e permissionárias. Por conseguinte, no paradigma do Estado Democrático de Direito, pode-se formular o seguinte estado da arte, mediante o desenvolvimento do conceito de escolha regulatória:

Diante das premissas antes apresentadas, pode-se formular o seguinte conceito da escolha regulatória: trata-se de uma espécie de escolha administrativa que viabiliza o exercício de uma função de intervenção estatal, indireta, exercida por autoridade pública descentralizada dotada de independência técnica, voltada à implementação de políticas públicas e à realização dos direitos sociais na execução de serviços públicos e realização de atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos. A escolha regulatória, de forma transparente, deve perseguir o equilíbrio sistêmico, adotando os mecanismos que permitam, sempre que necessário, a efetiva participação popular. Nas questões complexas, a regulação deve ser precedida e motivada com base em estudos prévios que apontem os custos e benefícios da escolha, demonstrando os seus efeitos prospectivos.

A base das escolhas regulatórias deve ser a preponderância técnica (e não a preponderância política), baseando-se em standards e princípios inteligíveis previstos nas normas legais propositadamente abertas, reduzindo-se o espaço para as escolhas absolutamente vinculadas, escolhas relativamente vinculadas e escolhas discricionárias²⁸⁷.

Em síntese, nas distintas funções da lei e concepções de Constituição, a hermenêutica constitucional incidente sobre o Estado Administrativo e sua função regulatória demanda considerar essas inúmeras variáveis na tensão produtiva entre constitucionalidade, legalidade e regulação estatal. Nesse quadro, defende-se aqui ser possível propor a teoria dos diálogos institucionais no âmbito das escolhas regulatórias no geral e do direito sanitário no específico como alternativa para operar o cenário complexo e multifacetado no qual se insere o Estado Democrático de Direito em matéria de intervenção estatal indireta nos domínios econômico e social.

2.3 Diálogos institucionais na intersecção entre direito à saúde, regulação e precedentes

Ao lado do profícuo debate sobre as escolhas determinativas dos conceitos legais empregados em seara regulatória e a margem de apreciação conferida às agências independentes, principalmente no caso brasileiro caracterizado por intensa constitucionalização da seguridade social, demonstra-se oportuno endereçar também a agenda pertinente a quem cabe dizer a última palavra sobre o sentido da Constituição. Afinal, boa parcela da judicialização da saúde e da sindicabilidade judicial das escolhas regulatórias tem como pano de fundo dispositivos constitucionais. Além de significativos marcos legislativos, v.g. a Lei

²⁸⁷ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 153.

8.080/1990, que instituiu o SUS para estabelecer condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, ou a Lei 9.782/1999, a qual define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, há uma plêiade de questões constitucionais subjacentes à operacionalização desse modo de regulamentar o direito fundamental à saúde.

O debate sobre a última palavra restou muito tempo limitado a debates peremptórios acerca da afirmação da supremacia judicial²⁸⁸ - até como decorrência da supremacia e da rigidez constitucionais -, da doutrina das questões políticas²⁸⁹, do dogma do legislador negativo²⁹⁰, do conceito de mérito no direito administrativo e a impossibilidade de sua apreciação judicial²⁹¹, entre outras teorias. No sentido restritivo ao controle judicial, as lições de Fagundes continuam a ser o farol, para quem no mérito residiria o sentido político do ato administrativo, exprimindo normas da boa administração, cujo juízo comparativo compreende os aspectos atinentes à justiça, equidade, razoabilidade, moralidade. Por sua vez, ao Poder Judiciário seria vedado apreciar, no controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos, cabendo-lhe exame somente da legalidade destes. Afinal, “o mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, ‘faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio da separação e independência dos poderes’”²⁹².

Lado diametralmente oposto, no âmbito de um processo global de expansão do Poder Judiciário²⁹³, a ponto de parcela da literatura reconhecer na exacerbação desse fenômeno uma marcha à “juristocracia”²⁹⁴, verifica-se também no caso brasileiro a influência da vertente ideológica do neoconstitucionalismo vertida na máxima “mais juízes, menos legisladores”. Logo, imputa-se ao Poder Judiciário a função de garante da efetividade das normas

²⁸⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 273-278.

²⁸⁹ TEIXEIRA, José Elaires Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005.

²⁹⁰ BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 44, 2014. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/385>>. Acesso em: 31 out. 2024.

²⁹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 23, p. 1-16, 1951. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11830>>. Acesso em: 31 out. 2024.

²⁹² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 147.

²⁹³ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 1-10.

²⁹⁴ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

constitucionais, diante de uma persistente desconfiança com as instâncias decisórias majoritárias, por vezes tachadas de endemicamente clientelistas, elitistas, corrompidas, aos moldes de Faoro²⁹⁵ ou Leal²⁹⁶. Nesse sentido, encontra-se em Barroso que os meios para assegurar a efetividade das normas constitucionais são as ações constitucionais e as garantias políticas e jurídicas dos direitos constitucionais, sendo as últimas caracterizados pela atuação participativa e tutela coletiva, a aplicabilidade direta das normas constitucionais e a inconstitucionalidade por omissão²⁹⁷.

Portanto, é certo que com o advento da Constituição de 1988 e as modificações logradas na doutrina constitucionalista, com a emergência de correntes teóricas como a doutrina brasileira da efetividade²⁹⁸ e a dogmática constitucional emancipatória²⁹⁹, há inúmeros estímulos para a judicialização da política. Na experiência pós-redemocratização, a judicialização da política consiste em um debate longo e maduro, como mostra o pioneirismo de Castro³⁰⁰ e de Ferreira Filho³⁰¹.

Sinteticamente, Brandão divide as condições para esse fenômeno em políticas, institucionais e interpretativas. Na seara política, pode-se falar na perda de confiança popular nas instâncias majoritárias, no federalismo, na separação de poderes e na própria democracia, pois em regimes de forte difusão do poder político, torna-se necessário ao Judiciário resolver conflitos de coordenação entre entidades semiautônomas e de dirimir questões políticas controvertidas nas quais não há consenso na coalização majoritária. Em termos institucionais, as condições relevantes são a existência de um catálogo de direitos, o perfil do controle de constitucionalidade, o rol de competências da Corte Constitucional e a forma de nomeação de seus membros, assim como a ocorrência de uma constitucionalização abrangente, afinal “precisamente por competir ao Judiciário zelar por essa supremacia [constitucional] através do controle de constitucionalidade, quanto mais abrangente for a Constituição, tendencialmente

²⁹⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021, p. 693 e ss.

²⁹⁶ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 230 e ss.

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 119-286.

²⁹⁸ Ibid., p. 291-308.

²⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33-51.

³⁰⁰ 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.

³⁰¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 198, p. 1-17, 1994. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46407>>. Acesso em: 31 out. 2024.

maior será o espaço de atuação do Judiciário, e menor será a do Legislativo”³⁰². Ademais, no escopo interpretativo, a efetiva transferência do poder decisório sobre controvérsias políticas e morais das instâncias majoritárias para o Judiciário exige uma atitude receptiva por parte dos magistrados, ao considerar a resolução dessas questões como função típica do Estado-juiz. Demanda, por exemplo, a autocompreensão dos juízes de que a ponderação entre princípio integra suas atividades típicas, mesmo que isso implique no reexame da ponderação legislativa contida nas normas, na determinação de condutas ou no distanciamento do sentido literal do texto³⁰³.

No objeto desta tese, verifica-se que as controvérsias em saúde reúnem as condições para seu enquadramento na categoria da judicialização da política. No escopo político, o controle judicial das escolhas regulatórias perfectibilizadas por órgãos administrativos independentes é exatamente a resolução pelo Judiciário de conflitos de coordenação entre entidades semiautônomas, onde se incluem os poderes republicanos e as agências reguladoras. No campo institucional, conforme já visto, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde inserem-se com perfeição em um contexto maior de posituação de um catálogo de direitos e de constitucionalização abrangente, assim como decorre da própria revisão preliminar de literatura a constatação de que o Poder Judiciário não tem se furtado a utilizar o controle de constitucionalidade ou seu extenso rol de competências para atuar no ciclo de políticas públicas sanitárias. Enfim, as condições interpretativas fazem-se inequivocamente presentes no tema da judicialização da saúde, pois escolhas técnicas ou administrativas são passíveis de controle judicial mediante uma grande quantidade de ações individuais e coletivas, constitucionais ou infraconstitucionais. Em suma, conclui-se que a seara da constitucionalização da saúde promove a necessidade de considerar os debates sobre a quem cabe definir os sentidos da Constituição.

Posso esse panorama, urge o reconhecimento da superioridade explicativa e normativa das teorias dialógicas, em detrimento de visões monológicas, independente do poder enfatizado. Na verdade, parece certo de que assuntos regulatórios no geral e saúde em particular são complexos e importantes demais para que a autoridade interpretativa sobre seu sentido seja alvo de qualquer tipo de monopólio. Lado outro, a atribuição de uma autoridade residual ao Poder Judiciário no geral e aos Tribunais Superiores no particular, sob a justificativa de autocontenção, também não tenderia a produzir bons resultados ou mesmo ser

³⁰² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 84.

³⁰³ Ibid., p. 72-85.

constitucionalmente adequado, à luz da constitucionalização da saúde e da intensa judicialização do tema. Logo, demonstra-se o desafio jurídico-institucional no tema definir como a autoridade constitucional pode ser exercitada pelas Supremas Cortes na solução de desacordos morais razoáveis, controvérsias da macro política ou litígios estruturais.

Em termos sintéticos, há entendimento de Marinoni no sentido de que, por um lado, não há razão para deferir o poder de atribuir sentido à Constituição unicamente ao Poder Judiciário e, por outro lado, é inescapável reconhecer o caráter criativo da interpretação judicial diante de cláusulas abertas e imprecisas ou de princípios constitucionais abstratos³⁰⁴.

A teoria dos diálogos constitucionais revela-se uma contribuição originariamente canadense acerca das discussões sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. A esse propósito, costuma-se apontar o pensamento de Hogg e Bushell para quem o controle de constitucionalidade então realizado pela Suprema Corte do Canadá em casos envolvendo a Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms*) não representariam exercício ilegítimo de poder por magistrados, mas melhor corresponderia a um diálogo entre cortes e legislaturas. De acordo com os autores, o efeito raramente se traduz no bloqueio de deliberações parlamentares sobre a efetivação de direitos fundamentais, tratando-se mais de influenciar o desenho da legislação implementadora destes. Nesses termos, advogaram pela existência de um diálogo, pois “onde uma decisão judicial é aberta a uma reversão, modificação ou evasão, então é significativo considerar o relacionamento entre a corte e o órgão legislativo competente como um diálogo”³⁰⁵.

No cenário estadunidense, imputa-se a Fischer a iniciativa pelo início do debate, quando desafiou uma visão dominante de que a Suprema Corte dos EUA detém a autoridade para decidir por último em matérias de interpretação constitucional. Na verdade, argumentou que a atividade interpretativa acerca da Constituição consiste em um processo político que se assemelha a um diálogo entre os três poderes, com contribuições do povo e dos entes estaduais³⁰⁶.

Igualmente, Friedman defendeu o reposicionamento do debate da dificuldade contramajoritária para um sistema de diálogo, de maneira a que a interpretação constitucional

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional [livro eletrônico]**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-4.1.

³⁰⁵ Tradução livre. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charter isn't such a bad thing after all. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 79.

³⁰⁶ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

possa ser definida como uma discussão elaboradora entre juízes e as instâncias políticas. Em sua visão, a Suprema Corte certamente é vital na missão de dizer o sentido do texto constitucional, por se tratar de participante ativo, sendo o mesmo dito em relação aos demais poderes. Porém, a Corte tem aptidão para desempenhar outras tarefas, notadamente “facilitar e moldar o debate constitucional (...) a Corte dita como o diálogo irá ocorrer, ao escolher uma interpretação. O processo de alcançar um consenso interpretativo sobre o texto é dinâmico”³⁰⁷.

Sendo assim, a Suprema Corte ocupa dois papéis no diálogo, o de falante e o de facilitador. Segundo Fischer, o primeiro papel denota que órgãos judiciais declaram direitos e é esperado que essas declarações produzam efeitos, sejam cumpridas, enquanto o segundo significa dizer que ao declarar o sentido de uma norma constitucional a corte facilita a deliberação, uma vez que sintetiza as visões da sociedade e assim permite discussões posteriores. A Corte focaliza o debate, ao aceitar uma interpretação e rejeitar outras, direcionando a discussão a partir daquela. Ademais, catalisa o tema, porque a sociedade passa a debater um assunto que não estaria de outro modo na agenda política. A Corte também molda o debate sobre o sentido constitucional, dado que as decisões judiciais equivalem a um policy paper, quando reúnem pensamentos difusos e desorganizados em um texto. Fischer também considera que o órgão judicial também dá voz e corpo ao diálogo, por vezes interrompendo padrões sociais de pensamento, separando as visões admissíveis das inadmissíveis. A Corte também incita outras instituições a falarem, quando decidem por si ou prestam deferência a outros tomadores de decisão. Finalmente, os juízes podem moderar e direcionar, ao proteger a participação no diálogo de outras instituições³⁰⁸.

Ao fim, o autor defende sua visão, ao compará-la a teorias normativas da jurisdição constitucional, pois a teoria dos diálogos constitucionais não prescreveria aos juízes o que fazer, mas aceita o que eles já fazem. A constrição no diálogo seria inerente e sistêmica, pois o magistrado é, na verdade, constrangido pelo sistema de governo no qual opera³⁰⁹.

Retornando o olhar para o caso brasileiro, ressaltando as cláusulas pétreas onde enxerga a imperatividade da supremacia judicial, Oliveira defende de forma escoreita a compatibilidade das ideias dos diálogos constitucionais e o ordenamento constitucional positivo do Brasil. Isso porque nada obstante o art. 102, caput, da Constituição da República, afirme competir ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, a interpretação legislativa,

³⁰⁷ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, v. 91, n. 4, p. 577-682, mar. 1993, p. 654.

³⁰⁸ Ibid., p. 668-671.

³⁰⁹ Ibid., p. 671-672.

executiva ou popular do texto constitucional pode ser afirmada por diversos caminhos. Nesses termos, entende que “a interpretação judicial de um tema constitucional não necessariamente encerra o debate sobre o assunto, visto que a legitimidade interpretativa que se reconhece ao legislador possibilita que o mesmo prossiga o debate sobre o tema e busque a alteração de tal interpretação”³¹⁰. Aqui se entende que a mesma proposição pode ser estendida para a administração pública, caso realizada indispensáveis adaptações às funções administrativas, dentre as quais a regulatória.

Em termos democráticos, pode-se afirmar que a existência de um diálogo institucional entre o STF e o Congresso Nacional incrementam os índices democráticos do sistema constitucional, pois não veda o recurso ao Judiciário e não impede, estimulando a bem da verdade, a participação dos representantes eleitos na tomada de decisões sobre os sentidos constitucionais, inclusive em matéria de políticas públicas. Torna-se, ainda, viável dizer que a prática do diálogo institucional no Brasil detém relevantes potencialidades, dado que “no que concerne à interpretação da Constituição, permiti-lhes [STF e Congresso] a construção conjunta de sentidos constitucionais, de modo mais democrático e homenageador do ideal do estado de direito”³¹¹.

Diante desse panorama, comunga-se do entendimento de Brandão, segundo o qual o modelo dialógico de definição dos sentidos constitucionalidade promove uma forma mais profícua de articulação entre o autogoverno do povo e os direitos fundamentais, em comparação aos modelos de supremacia ou de coordenação. Apresenta, a propósito, três razões para essa afirmativa. A uma, promove o pluralismo e a democracia, haja vista que provê aos interessados múltiplos pontos de acesso em determinada questão constitucional, isto é, podem aqueles empregar esforços perante instituições diversamente representativas, especialmente os poderes republicanos. A duas, contém o exercício arbitrário do poder estatal e produz freios e contrapesos, porquanto reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer dos poderes. A três, tende a produzir decisões mais qualificadas, forjar consensos políticos e garantir a segurança jurídica, afinal a “circularidade procedimental” pressuposta no modelo dialógico implica um processo iterativo de concretização da Constituição, em que cada um dos atores contribui com seus conhecimentos específicos. Enfim, “vale lembrar que a teoria dos diálogos

³¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Direito tributário e diálogo constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 87.

³¹¹ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 251.

constitucional conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanentemente a críticas vindas da esfera pública”³¹².

Ademais, importa perceber que a superioridade do modelo diálogo não significa exclusão ou superação do modelo da supremacia. Há casos em que o segundo se revela mais adequado, ou mesmo imprescindível. No caso norte-americano, seja primeiramente em *Marbury v. Madison*³¹³, seja muito posteriormente em *Cooper v. Aaron*³¹⁴, a imperatividade de uma interpretação final a uma contenda constitucional pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América se faz premente. No caso mais recente, discutiu-se a recusa por parte da legislatura e do governador estadual em executar um plano de dessegregação gradual de raças em escolas públicas de Little rock, Arkansas no ano escolar de 1957-1958. Entrava em questão a obrigatoriedade de observância de *Brown v. Board of Education of Topeka*³¹⁵, que significou o fim da doutrina dos “separados, mas iguais” estabelecida em *Plessy v. Ferguson*³¹⁶. Em *Cooper*, diante da afirmação dos principais mandatários estaduais eleitos de que não há dever imputado a agentes estaduais de obedecer a decisões de corte federal, a principal razão de decidir consistiu na afirmação de que os Estados devem obedecer às decisões da Suprema Corte e não pode se recusar a segui-las.

Em sentido teórico, defesa enfática da supremacia judicial a partir do caso *Cooper* feita por Alexander e Schauer recebeu ampla repercussão na literatura norte-americana. Nesse estudo, argumentaram que a resolução definitiva de assuntos controversos é um componente crucial do constitucionalismo, que só pode ser alcançada pela interpretação vinculante de um intérprete autorizativo, sendo que no sistema constitucional dos EUA a Suprema Corte serve melhor a esse papel. Portanto, mesmo que repute equivocadas as decisões judiciais, torna-se imperativo aos agentes políticos as observarem. Na visão dos autores, a supremacia judicial serviria à resolução de controvérsias as quais as pessoas discordam, bem como a uma função

³¹² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 289.

³¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Marbury v. Madison**, j. 24/02/1803. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em 2 de novembro de 2024. Original: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³¹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Cooper v. Aaron**, j. 12/09/1958. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/>>. Acesso em 2 de novembro de 2024. Original: *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

³¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Brown v. Board of Education of Topeka**, j. 17/05/1954. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em 2 de novembro de 2024. Original: *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

³¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Plessy v. Ferguson**, j. 18/05/1896. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>>. Acesso em 2 de novembro de 2024. Original: *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

coordenadora no que respeita à obrigação de obedecer tanto a lei quanto à interpretação dada a ela por um único intérprete autorizativo³¹⁷.

No caso brasileiro, demonstra-se possível advogar pela convivência dos modelos de diálogo e de supremacia judicial na interação derivada da interpretação de sentidos constitucionais. Nessa linha, ao defender a inafastabilidade da supremacia judicial no Brasil na hipótese de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais com parâmetros nas cláusulas pétreas, Oliveira parece bem identificar o verdadeiro problema republicano: “a questão prática de se determinar quem detém a última palavra na interpretação constitucional do que com a questão de quem é mais legitimado para empreender a interpretação constitucional. As duas questões são semelhantes, mas não se confundem”³¹⁸.

Em linha semelhante, após identificar casos recentes nos quais se observou a existência de diálogos institucionais e para fins de defender sua visão sobre o papel representativo do STF, Barroso defende que o modelo vigente não é o da supremacia judicial. Nesse sentido, assevera que “o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição”³¹⁹. Na verdade, o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, os demais poderes e as instituições em geral. Isso porque a perda dessa interlocução ou a eventual incapacidade de justificar suas decisões levaria a uma perda de legitimidade do tribunal. Porém, para ele, a função representativa coexiste com outras duas, a contramajoritária e a iluminista, de onde se poderia retirar a condição de “intérprete final do direito”.

Fixada essa posição, depreende-se em Clève e Lorenzetto notável defesa da existência de uma autoridade constitucional compartilhada na resolução de controvérsias da macro política, em sentido contrário às proposições do ativismo judicial. Segundo esses autores, “a autoridade constitucional é dinâmica e objeto de contestação política. Isso faz com que o Judiciário seja considerado como um importante participante do processo constitucional, contudo, este se equivoca ao acreditar ser capaz de atuar sozinho nesse cenário”³²⁰. Por isso,

³¹⁷ ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 7, p. 1359-1387, mai. 1997.

³¹⁸ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Direito tributário e diálogo constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 85.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015, p. 46.

³²⁰ LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, set./dez. 2017, p. 158. Disponível em: < <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587/1402>>. Acesso em 31 de outubro de 2024.

importa o compartilhamento da autoridade constitucional como uma forma de incentivar a prática dos diálogos institucionais:

Perante tal cenário, ao menos três alternativas devem ser consideradas. Primeiro, havendo margem hermenêutica para tanto, pode assumir uma postura deferente e afirmar a constitucionalidade da lei questionada, propiciando nova derrota à oposição. Segundo, pode assumir uma postura contramajoritária, declarar a lei inconstitucional e afirmar que o faz em defesa da Constituição para além das paixões momentâneas da maioria – garantindo uma vitória à oposição. Por fim, há a alternativa da tomada de uma decisão que procure limitar sua abrangência decisória e de seus argumentos a aspectos fundamentais do caso, deixando a responsabilidade sobre minúcias para o aperfeiçoamento legislativo para outros agentes políticos. Em tais circunstâncias, o Supremo Tribunal Federal não se furta ao seu dever de decidir; porém, deixa em aberto espaços para outras construções políticas em ambientes institucionais distintos do Judiciário.

(...)

Nas três hipóteses suscitadas previamente, fica em aberto, com maior ou menor extensão, a possibilidade da decisão vir a ser contestada pelas partes que tiveram sua leitura constitucional derrotada. Para que as mudanças interpretativas ocorram, faz-se necessário mobilizar forças políticas suficientes para modificar a compreensão estabelecida³²¹.

Por fim, cumpre aportar argumentos pela aplicabilidade da teoria dos diálogos institucionais na específica seara do objeto desta tese, isto é, na relação entre direito fundamental à saúde, regulação e precedentes. No campo do direito sanitário, com marco na criação do Fórum da Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça, a literatura é numerosa no sentido da compatibilidade do modelo dialógico intersetorial com as controvérsias judiciais decorrentes do direito fundamental à saúde.

De antemão, emprega-se o termo diálogo para significar a interdisciplinaridade entre estudos de saúde pública e de direito. Por exemplo, mediante revisão sistemática de literatura, Anjos, Ribeiro e Moraes identificam relatos de pesquisa que apontaram para a existência de diversas iniciativas exitosas em matéria de diálogo institucional e intersetorial na seara sanitária, cujos indicadores são a redução das ações judiciais em saúde e a mitigação da judicialização da saúde. Concluem, portanto, que o fenômeno da judicialização da saúde, por sua complexidade e pela multiplicidade de atores e interesses circunscritos a ele, é propício para uma abordagem dialógica e interdisciplinar entre Direito e Saúde³²². Em Matta e Marques,

³²¹ Ibid., p. 158-159.

³²² ANJOS, Elisângela César dos Santos; RIBEIRO, Danilo da Costa; MORAIS, Leonardo Vieira. Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, v. 10, n. 1, p. 113-128, jan./mar. 2021.

defende-se a naturalização da interlocução entre as esferas do Direito e da Saúde, a partir de uma lógica articulada³²³.

Mais importante para esta pesquisa, diálogo também se refere às formas de atuação das instituições jurídicas em matéria de direito sanitário. A orientação em prol de soluções judiciais ou extrajudiciais leva a refletir sobre a maior eficácia das últimas, pelo menos no que diz respeito à atuação do Ministério Público³²⁴. Igualmente, entendido que a questão da saúde acarreta em um exame das formas de interação entre múltiplos órgãos, prescrevendo caber a cada um, dentro das suas capacidades institucionais, a cooperação para otimização dos recursos envolvidos no direito à saúde, demonstram que “para além da jurisprudência e das experiências inclusivas da área técnica nos litígios judiciais, os procedimentos dialógicos começam a ser efetivamente empregados na tutela judicial do direito à saúde”³²⁵.

Já em 2011, Souza explicitava ser então corrente a utilização da metáfora do diálogo para tratar do controle judicial de direitos sociais e das políticas públicas, denotando preocupações diversas, tais como uma recusa à visão centrada no Judiciário na fixação de sentidos aos dispositivos constitucionais, a revalorização de outros espaços de tomada de decisões acerca dos direitos sociais, a necessidade de abertura interdisciplinar do estudo, de modo a indicar “a inevitabilidade do fortalecimento de uma visão do caráter multi-institucional do processo de efetivação da Constituição e de proteção do direito à saúde”³²⁶. Sintetizou-se, ainda, as prescrições da teoria do diálogo no campo da saúde em pelo menos três eixos: (i) desenvolvimento de políticas públicas fomentadoras da autonomia dos cidadãos, onde liberdade seria acompanhada de responsabilidade; (ii) adoção de políticas inspiradas no paternalismo libertário; e (iii) priorização da alocação de recursos em favor dos agentes responsáveis. Por conseguinte, por detrás da escolha a ser feita entre instituições imperfeitas, ressalta-se “a importância de analisar, no contexto do sistema de saúde, qual seria o melhor caminho, em cada

³²³ MATTA, Lairó Luis Jacques da; MARQUES, Gabriel Lima. A prestação jurisdicional excessiva como risco ao princípio da universalidade do SUS: pela naturalização do diálogo entre o Direito e a Saúde. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 109, p. 421-441, jun./set. 2014.

³²⁴ ASENSI, Felipe; AIDAR, Adriana; DIAS, Daniela; FERREIRA, Arnaldo; BARCELOS, João; SALLUM, Renata; CATTLEY, Luiza; SZKLARZ, Patrick; MAÇULLO, Vanderson. O judicial e o extrajudicial: Ministério Público e direito à saúde no Brasil. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 15, n. 60, p. 179-205, 2015. Disponível em: <<https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/57>>. Acesso em: 2 nov. 2024.

³²⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 83-108, jan. 2018, p. 104.

³²⁶ SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. 2011. 344 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 309.

situação, para promover da forma mais eficiente e equitativa as políticas públicas sanitárias e o direito à saúde”³²⁷.

Em relação à aplicabilidade da teoria dos diálogos institucionais no âmbito da regulação, torna-se inafastável recorrer à sistematização feita por Pereira Neto, Lancieri e Adami³²⁸. Nela, defende-se que a agenda de pesquisa sobre as agências reguladoras não deve se limitar à definição dos instrumentos jurídicos de garantia da autonomia, pois os órgãos reguladores devem ser vistos como um polo dentro de uma ambiência complexa a partir da qual o espaço regulatório é moldado pela interação entre os diversos atores institucionais. Nessa perspectiva dinâmica, identificam um diálogo institucional das agências com o Poder Executivo, existe, portanto, um diálogo político, pois a independência formal das primeiras não as livra de influência do contexto político ao seu redor, e outro jurídico caracterizado em duas vertentes, a viabilidade de ingerência da Administração Pública direta sobre as decisões da agência (v.g. supervisão ministerial) e o estabelecimento de parâmetros e metas para o controle das atividades da última pela primeira (v.g. contratos de gestão).

Verificam, ainda, um diálogo institucional das agências com o Poder Legislativo, pois ao editar primariamente legislações setoriais compete a este definir as competências atribuídas àquelas, mas também a interação se dá com a criação de uma lei geral das agências reguladoras, a sabatina e a aprovação de nomes indicados pelo Executivo para os cargos diretivos das agências e o controle exercido pelo TCU sobre as atividades desempenhadas pelas agências reguladoras.

Enfim, diante do complexo quadro analítico, tem-se verificado por parte do Judiciário o desempenho de duas funções primordiais em diálogo com as agências reguladoras. Compete aos juízes “(i) atuar como árbitros da relação das agências com outros atores institucionais; e (ii) definir a própria moldura da atividade regulatória dessas agências – com especial destaque para sua função de fiscalizar, principalmente estabelecendo o crivo de revisão dos atos administrativos”³²⁹. Relativamente à segunda função, constatado os tribunais superiores terem assegurado às agências um espaço decisório amplo nas suas áreas de atuação, em postura de deferência, os autores conjecturam pela necessidade de um papel mais proeminente daqueles a partir de testes de razoabilidade de proporcionalidade:

³²⁷ Ibid., p. 310.

³²⁸ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma proposta de sistematização. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

³²⁹ Ibid., p. 165.

Ou seja, como se percebe, há hoje grande deferência aos atos administrativos das agências reguladoras. O que se deve questionar, porém, é se, passado este período inicial de consolidação mínima do Estado regulador no Brasil, não teria o Judiciário outro papel a desempenhar na revisão do mérito das decisões destas autarquias através de testes de razoabilidade e proporcionalidade, aplicáveis inclusive na revisão de atos normativos.

Este é um processo necessário de maturação, pois, caso contrário, sem uma revisão das justificativas específicas para a adoção de medidas regulatórias, as decisões das agências correm crescente risco de se tornarem arbitrárias. Em especial, devemos destacar que a análise da proporcionalidade e da razoabilidade dos atos regulatórios exige exame detido da motivação das agências no exercício de suas atividades. Isso porque a existência de alguma deferência à discricionariedade técnica destas autarquias não significa – e não pode significar – uma “carta em branco” para que elas atuem como bem entenderem.

Ao contrário, o Estado regulador reserva do Poder Judiciário um papel essencial de elevar o crivo de justificativas das agências para intervir nos setores regulados, sem, contudo, substituir seu julgamento técnico. Ainda que seja de difícil alcance, a busca deste equilíbrio é fundamental para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito³³⁰.

Na mesma toada, encontra-se na análise institucional específica ao TCU e às agências reguladoras levada a efeito por Marques Neto e Palma a identificação de “diálogos fora do esquadro”, expressão para significar que a ausência de antevisão por parte do Poder Constituinte Originário da importância que assumiram as agências reguladoras e a exacerbação da própria competência operacional pela Corte de Contas. Enfim, sugerem que uma “reforma constitucional para estabelecer o modo de interação entre Poderes e instituições na dinâmica do controle, o que importa não apenas no controle de contas, já que a Constituição não se ocupou em estabelecer as fronteiras do controle de um modo geral”³³¹. Do mesmo modo, a preocupação em conciliar no bojo da função estatal de controle as agências reguladoras e os diálogos institucionais pode ser notada em Oliveira³³².

Quanto à aplicabilidade do modelo dialógico de fixação de sentidos constitucionais na seara dos precedentes, Marinoni é o primeiro a destacar o absoluto equívoco em se imaginar que a definição de um precedente obsta, de alguma maneira, o desenvolvimento de diálogos institucionais³³³. Pelo contrário, as mobilizações sociais e institucionais percebidas antes e

³³⁰ Ibid., p. 174-175.

³³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, p. 203-236, jan./jun. 2020, p. 233.

³³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle. **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, v. 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional [livro eletrônico]**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-4.3.

depois da formação da diretriz jurisprudencial, bem como a possibilidade de assimilações e reações dela pelos demais poderes e órgãos autônomos é terreno fértil para o modelo dialógico.

No campo processual, tende à correção a posição de Peixoto para quem a consolidação do sistema de precedentes obrigatórios pelo CPC/2015 “torna ainda mais importante o estudo da teoria dos diálogos institucionais, em que, por vezes, a única forma de alteração de um determinado entendimento jurisprudencial é por meio da atuação de um outro poder”³³⁴.

Um exemplo vistoso desse diálogo é a edição pelo Poder Legislativo de leis infraconstitucionais ou emendas constitucionais em sentido oposto a um precedente judicial. No art. 505, I, do CPC, a exceção aos efeitos da coisa julgada ilustra essa interação, pois diz que “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

Do mesmo modo, em interpretação doutrinária e consensual do art. 927 do mesmo diploma, observe-se o Enunciado 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

Além disso, há aqueles que questionam a capacidade de o Poder Judiciário cumprir o objetivo final dos precedentes normativos, isto é, promover a uniformidade, a integridade e a coerência do sistema jurídico. De acordo com Paixão, Silva e Costa, “a possibilidade de superação de um precedente pelo Poder Legislativo, como demonstrado com o caso da Vaquejada, permite compreender as dificuldades práticas das teorias que defendem uma reestruturação do Poder Judiciário para a fixação de uma Corte de Precedentes”³³⁵.

Conclui-se, portanto, que a teoria dos diálogos institucionais bem serve para compor o arsenal de instrumentos normativos a ser utilizado no bojo desta tese para avaliar as indigitadas decisões vinculantes proferidas pelo STF nos Temas 6 e 1234.

Nesse ponto, urge verificar que há uma grande variância na extensão em que se pode creditar às teorias de diálogo a resolução de preocupações contramajoritárias e a capacidade de prover uma visão normativa do papel da jurisdição constitucional no constitucionalismo

³³⁴ PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, v. 9, n. 2, p. 41-73, mai./ago. 2018, p. 44.

³³⁵ PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; SILVA, Sandoval Alves da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 275-301, jan./abr. 2021, p. 298.

democrático. De acordo com Bateup, o maior potencial de alcançar essa ambição normativa reside no entendimento do diálogo constitucional por intermédio da fusão entre os modelos dialógicos de equilíbrio e parceria. Com efeito, quer dizer que a compreensão dos diálogos constitucionais deve abarcar aspectos sociais e institucionais, porque as teorias do equilíbrio focam no papel do Judiciário em facilitar e estimular a discussão de questões sobre a Constituição na sociedade como um todo, ao passo que os modelos de parceria lançam luzes nas distintas funções institucionais que os Poderes Legislativo e Judiciário desempenham no diálogo um com o outro³³⁶.

2.4 O Estado Administrativo norte-americano e o sistema de freios e contrapesos

2.4.1 A construção do Estado Administrativo e do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América

Os Estados Unidos da América é a segunda maior federação em termos populacionais, pois ultrapassaram a ordem de trezentos milhões de habitantes. O sistema federal compõe de 50 estados e seis associações territoriais, v.g. Porto Rico, além de contar com um Distrito de Columbia governado diretamente pelo ente central. Estima-se em torno de 89 mil governos locais de vários tipos, por exemplo, condados e cidades, submetidos à jurisdição estadual. Ademais, no curso de mais de dois séculos, verifica-se que o governo federal expandiu sua esfera de atuação em relação aos Estados.³³⁷

No âmbito da formação da Federação norte-americana, a estruturação de um Judiciário federal foi elemento central nos debates constituintes e nos desenvolvimentos iniciais do constitucionalismo naquele país. As posições variavam de acordo com a ênfase conferida aos poderes do ente central para coordenar o arranjo federativo ou às soberanias dos estados em matérias de seus interesses.

Nos escritos federalistas, foram dedicados seis artigos (78 a 83) escritos por Alexander Hamilton para endereçar a organização e a competência das cortes federais, além da

³³⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006, p. 1180.

³³⁷ SOMIN, Ilya. The Supreme Court of the United States: promoting centralization more than state autonomy. In: ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (ed.). *Courts in Federal Countries: federalists or unitarists?* Toronto: University of Toronto Press, 2017, p. 441-443.

composição da Suprema Corte e do relacionamento entre tribunais estaduais e federais³³⁸. Nesse sentido, o Judiciário funcionalmente independente teria atribuição relevante na preservação do texto constitucional. Em contraposição à *Publius* na campanha pela ratificação do texto constitucional em Nova York, *Brutus* advogava pela possibilidade de superação da interpretação realizada pela Suprema Corte pelo povo dos Estados, na condição de maneira a evitar a expansão pela via judicial dos poderes federais às expensas da soberania estadual.³³⁹

De fato, as seções I e II do artigo III da Constituição americana vigente desde 1789 dispõem que o Poder Judiciário dos Estados Unidos é composto pela Suprema Corte e tribunais inferiores estabelecidos pelo Congresso, além disso estabelecem como competência originária do órgão máximo desse poder o processamento de controvérsias federativas verticais e horizontais em que a União e os Estados sejam partes, bem como os litígios entre cidadãos de jurisdições distintas.

Transladaram-se os custos desse conflito político para a edição do “*Judiciary Act*”, sendo interessante como a conformação legal da função federativa das cortes poderia variar entre guardiões das soberanias estaduais e promotores da centralização federal, além da implementação do comando constitucional pelo legislador ordinário vacilar entre compromisso político e interpretação literal da constituição.³⁴⁰ A percepção dos estadualistas de que o órgão judicial pensado como anteparo para os avanços da União converter-se-ia brevemente em agente centralizador levou ao esvaziamento da jurisdição federal.³⁴¹ Na visão de federalismo de John Calhoun, caracterizada pelo poder de veto dos entes estaduais nas decisões coletivas do governo central que lhes afetassem, seria cada unidade constituinte individualmente considerada o melhor árbitro para os próprios direitos e obrigações, e não o judiciário federal.³⁴²

Noutro giro, importa perguntar-se como o movimento centrípeto de ajuntamento de colônias independentes em torno de um Estado soberano único dotada de um governo federal possibilitou a crescente importância do conceito de Estado Administrativo. Segundo Rohr, este

³³⁸ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**. Editado por George W. Carey e James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 401-442.

³³⁹ SCHAEFER, David Lewis. The Antifederalists and Tocqueville on federalism: lessons from today. In: WARD, Ann; WARD, Lee (ed.). **The Ashgate Research Companion to Federalism**. Surrey: Ashgate, 2009, p. 197. STORING, Herbert J. **The Complete Anti-Federalist**. 3 v. Chicago: University of Chicago, 1981.

³⁴⁰ MARCUS, Maeva; WEXLER, Natalie. The Judiciary Act of 1789: political compromise or constitutional interpretation? In: MARCUS, Maeva (ed.). **Origins of the Federal Judiciary**. Nova York: Oxford University Press, 1992.

³⁴¹ AMAR, Akhil Reed. Jurisdiction Stripping and the Judiciary Act of 1789. In: MARCUS, Maeva (ed.). **Origins of the Federal Judiciary**. Nova York: Oxford University Press, 1992.

³⁴² READ, James. John C. Calhoun’s federalism and its contemporary echoes. In: WARD, Ann; WARD, Lee (ed.). **The Ashgate Research Companion to Federalism**. Surrey: Ashgate, 2009, p. 245. CALHOUN, John C. **Union and Liberty: the political philosophy of John C. Calhoun**. Indianapolis: Liberty Fund, 1992.

define-se como um grande corpo de agências do Poder Executivo, comissões regulatórias, instituições burocráticas que possuem extensos poderes normativos, adjudicatórios e de executoriedade, o qual não se limita a apenas implementar o Direito, mas também de conformá-lo na prática³⁴³. Assim, sendo o Estado Administrativo uma realidade incontornável, resta, ao seu modo de ver, avaliar a legitimidade desse constructo aos parâmetros constitucionais estabelecidos no final do século XVIII.

Nesse sentido, o autor bem destaca sua análise sobre a legitimidade do Estado Administrativo norte-americano com base em três momentos fundantes interligados, que servem como marcos normativos de comparação. O primeiro consiste na fundação da República (1787-1795), quando se tem a elaboração e ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América. Nele os princípios centrais do ordenamento constitucional foram desenhados (v.g. sistema de freios e contrapesos, proteção dos direitos individuais, limitação à delegação de competências, império da lei) e a partir disso passaram a servir de parâmetro de legitimidade de toda ação estatal subsequente.

O segundo momento reside na fundação da Administração Pública (1883-1899), quando se dá o período de reformas do serviço público e da profissionalização do funcionalismo. Por meio de uma burocracia técnica e estável, pretendeu-se que a Administração passasse a ganhar mais autonomia e se organizasse de acordo com os valores da eficiência e do mérito.

Enfim, há a fundação do Estado Administrativo (1933-1941), a partir do contexto do *New Deal*. Rohr identifica nesse momento a introdução e a normalização das funções de normatização, fiscalização e julgamento por parte das agências reguladoras. Nessa linha, diante da ampliação das funções e dos poderes da Administração Pública, tornou-se desafiante conciliá-los com os limites constitucionais, mormente por intermédio do direito administrativo e da relação entre Congresso, Presidente, Judiciário e agências independentes.

Para compreender o surgimento do Estado Administrativo demonstra-se especialmente importante avaliar a dicotomia entre política e administração, a qual consistiu em um dos conceitos fundamentais da ciência da administração pública norte-americana. Surgida no final do século XIX no contexto da Era Progressiva nos Estados Unidos, propõe-se a separação entre a função política do Estado, responsável por formular políticas públicas e expressar a vontade popular, e a função administrativa, por sua vez encarregada de executar as políticas formuladas segundo valores de neutralidade, eficiência e profissionalismo. O intento de fundo é exatamente

³⁴³ ROHR, John A. **To Run a Constitution: the legitimacy of the Administrative State**. Lawrence: University Press of Kansas, 1986.

modernizar o ente estatal, bem como afastá-lo do clientelismo e da corrupção partidária.

No multicitado e clássico estudo de Wilson, observa-se defesa enfática no sentido da autonomia dos estudos da ciência da administração em relação à ciência política, haja vista que o papel da política seria definir os objetivos e as decisões fundamentais do governo, enquanto à administração caberia implementá-los de forma técnica, imparcial e baseada no mérito³⁴⁴.

Com Goodnow, aprofundou-se a proposição de modo a discriminar, com clareza, os dois domínios, isto é, a política como expressão da vontade do Estado e a administração como execução dessa vontade. Na qualidade de referência normativo, apontava-se o *Pendleton Act* de 1883 que instituiu o recrutamento técnico de quadros para o funcionalismo e a estabilidade no serviço público. Assim, reputa-se a política como espaço da deliberação e representação popular, ao passo que a administração deve ser vista como a arena de execução fiel das decisões políticas. Na visão do autor, as metas centrais de todos os sistemas políticos é assegurar um governo popular e uma administração eficiente, o que nos Estados Unidos à época demandaria a concentração e centralização do sistema administrativo e o reconhecimento legal dos partidos políticos como órgãos governamentais³⁴⁵.

Nas décadas seguintes, Gulick contribuiu para a consolidação prática da dicotomia, quando propôs princípios de organização administrativa baseados em critérios científicos e neutros. Sintetizadas no acrônimo POSDCORB - planejar, organizar, selecionar pessoal, dirigir, coordenar, relatar e orçar -, buscava-se criar uma administração racional, previsível e eficiente, afastada das disputas partidárias³⁴⁶.

Por conseguinte, a dicotomia política-administração revelou-se decisiva para a formação do Estado Administrativo, dado que legitimou a criação de uma burocracia profissional e estável, alheia aos ciclos eleitorais. Entretanto, a própria expansão do escopo de atuação das agências reguladoras e dos órgãos administrativos técnicos durante o *New Deal*, a partir da intervenção intensa do Estado na economia e na sociedade, terminou por explicitar os limites do binômio.

Logo ao início do segundo pós-guerra, atribui-se a Dwight Waldo, especialmente em sua obra “*The Administrative State*”, a fundação da moderna teoria da Administração Pública. Seu intento é questionar os pressupostos de neutralidade e de insulamento da administração em

³⁴⁴ WILSON, Woodrow. The Study of Administration. *Political Science Quarterly*, v. 2, n. 2, p. 197-222, jun. 1887.

³⁴⁵ GOODNOW, Frank J. *Politics and Administration*. Nova York: The Macmillan Company, 1900, p. 255-258.

³⁴⁶ GULICK, Luther. Notes on the Theory of Organization with special reference to government in the United States. GULICK, Luther; URWICK, Lyndall. *Papers on the Science of Administration*. Nova York: Columbia University, Institute of Public Administration, 1937.

relação à política, conforme vaticinado pela ortodoxia administrativa dominante desde o final do século XIX. De um lado, defendia que a preocupação dos reformadores originários do serviço público era de ordem moral, e não econômica, pois buscavam promover a democracia e prestigiar a vontade popular expressa nas eleições. Lado outro, com o advento do Estado Administrativo, tornou-se dominante na ciência da administração uma demanda por *experts* na administração. Diante das rápidas transformações experimentadas pela sociedade norte-americana, “profissionalismo se tornou uma característica proeminente da vida americana e especialização, uma chave para prestígio”. Logo, “essa crescente linha de pensamento tornou-se parte do progressismo e quando do advento da Primeira Guerra Mundial, a ciência era um culto e o *expert* um fetiche”³⁴⁷.

Por conseguinte, no que toca à administração, passou-se a conceber uma nova gestão pública, aproximada das práticas dos negócios e de caráter científico. Para o autor, a crença em uma administração neutra, voltada à eficiência, racionalidade e previsibilidade, era limitada e ilusória, dado que ignorava a natureza política e axiológica da administração pública. Esta caracteriza-se, em sua visão, por escolhas éticas e ideológicas, e não somente a execução técnica e neutra das decisões políticas. Dessa forma, sob uma perspectiva mais realista, não haveria uma separação rígida entre política e administração, sendo ambas dimensões complementares do processo de governança.

Para além do desfazimento da ideia de neutralidade administrativa, a crítica de Waldo também se dirige à supremacia da eficiência, dado que esta se cuida de valor instrumental, e não um fim *per se*. Por isso, reconhecida a sua importância, não poderia esse valor prevalecer sobre princípios democráticos, tais como a igualdade, a liberdade, a participação cidadã. Para assegurar a observância do devido processo legal ou da transparência administrativa, é esperado do administrador público caminhos não necessariamente eficientes ou, pelo menos, não a via mais eficiente possível. Assim, Waldo propõe que a Administração Pública seja guiada por uma pluralidade de valores, e não apenas por critérios técnicos.

Por consequência, a ciência da administração não deve se limitar à descrição de uma tecnocracia eficiente, arredia ao controle democrático. Desse modo, cabe situar a Administração Pública dentro da teoria e da filosofia política. Ademais, o papel do administrador público não se esgota na figura de um técnico eficiente, dado que a Administração Pública é uma realidade essencial da política moderna e cabe à burocracia comprometer-se com a realização dos ideais

³⁴⁷ WALDO, Dwight. **The Administrative State: a study of the political theory of American Public Administration**. Nova Work: The Ronald Press Company, 1948, p. 29.

constitucionais.

Em suma, ao rejeitar o dogma da neutralidade e subordinar a eficiência à legitimidade democrática, Waldo inaugura uma nova fase no pensamento administrativo, na qual a burocracia não se limita a simples mecanismo de execução do poder, cabendo compreendê-la como instrumento de realização dos valores democráticos e constitucionais³⁴⁸.

Com base na contextualização histórica e teórica de formação do Estado Administrativo e do Poder Judiciário nos Estados Unidos da América, demonstra-se conveniente avançar para a investigação propriamente propositiva referente à dinâmica entre os Poderes em matéria de freios e contrapesos, à luz de aportes jusfilosóficos da contemporânea teoria norte-americana do direito.

2.4.2 A centralidade do Poder Judiciário e o direito como integridade em Ronald Dworkin

Em seu “Império do Direito”, Dworkin tece uma leitura hermenêutica do sistema jurídico norte-americano de maneira a apresentar uma teoria compreensiva, construtivista e conversacional do direito a qual enfatiza os papéis dos princípios e de juízos morais na interpretação e argumentação jurídica. Nesse sentido, afirma que o direito não se cinge a um conjunto de regras destinados a regular determinadas condutas, uma vez que também o jurídico também reflete compromissos morais de uma comunidade política. De forma direta, o filósofo do direito sugere que os argumentos sobre a teoria do direito são mais bem compreendidos na condição de proposições acerca de até onde e em que sentido as decisões políticas passadas fornecem as condições necessárias para o uso da coerção pública. Portanto, o ponto central do direito é estabelecer uma conexão justificadora entre as decisões políticas antecedentes e as presentes coerções, o que traz novas luzes para o vetusto debate sobre direito e moral³⁴⁹.

A concepção de “direito como integridade” assume centralidade no pensamento dworkiano, pois se pretende uma comunidade de princípios que aceita a integridade e promete que o sistema jurídico será modificado, desenvolvido e interpretado de uma maneira comprometida com o arcabouço principiológico daquela comunidade em particular. Nesses termos, a integridade consiste em uma virtude política aceita pela comunidade, o que garante legitimidade política. Cuida-se, portanto, de um compromisso geral à integridade expressa na preocupação de cada um por todos de modo a embasar obrigações comunitárias de acordo com

³⁴⁸ WALDO, Dwight. Desenvolvimento da teoria da administração democrática. Trad. Thomaz Newlands Neto. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 63, n. 3, p. 381-397, jul./set. 2012.

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 96-98.

standards aceitos. Segundo Dworkin, a integridade manifesta-se de formas distintas na legislação e na jurisdição, porque na primeira restringe o que os legisladores podem propriamente fazer no âmbito do mister de expandir ou alterar os standards públicos, ao passo que na segunda acepção requer-se dos juízes, na maior medida do possível, que tratem esse sistema públicos de standards como expressão de um conjunto coerente de princípios³⁵⁰.

Posto esse panorama, o direito como integridade insiste que as pretensões jurídicas são juízos interpretativos e a prática jurídica contemporânea pode ser vista como uma narrativa política que se desdobra. Na adjudicação, a integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres sob a assunção de que foram todos escritos por um único autor ou comunidade personificada de modo a expressar uma concepção coerente de justiça e equidade. Entra em questão a visão do direito como um romance em cadeia, pois os juízes metaforicamente equiparam-se a autores e críticos literários no afã de avaliar as múltiplas dimensões de valor em um poema ou uma peça complexa. Nesse empreendimento, deve-se imaginar um grupo de romancistas que escrevem uma mesma história individualmente (em formato *seriatim*), o que significa dizer que cada autor da cadeia interpretar o capítulo que antecede para escrever o capítulo seguinte. Logo, cuida-se da continuidade de um romance já iniciado, de maneira que cabe ao autor encontrar a interpretação possível apta a continuá-lo. Havendo mais de uma possibilidade, demanda-se uma segunda dimensão interpretativa que exige do juiz a tarefa de identificar qual das opções melhor se elege como uma leitura do trabalho em progresso todas as variáveis consideradas (*all things considered*). Enfim, para explicar essa estrutura complexa da interpretação jurídica, Dworkin introduz em seu argumento um juiz imaginário, a quem denomina de Hercules, dotado de poder intelectual e paciência sobre-humanos que aceita a abordagem do direito como integridade³⁵¹.

Igualmente, em sua proposição de interpretação igualitária, em detrimento do utilitarismo, Dworkin bem estabelece a distinção entre governos e mercados, uma vez que assume ter o governo um dever geral que os cidadãos privados, enquanto indivíduos, não possuem. Afinal, suas regras de propriedade devem ser desenhadas e alteradas de modo a convergir ao ideal de tratar as pessoas como iguais à luz da melhor concepção.

Isso importa para sua distinção entre princípios e políticas (*policy*). Pressupõe-se que os cidadãos privados devem endereçar os conflitos entre direitos abstratos na condição de controvérsias de princípios acerca dos direitos em concreto que cada um possui, por sua vez os

³⁵⁰ Ibid., p. 214-217.

³⁵¹ Ibid., p. 225-232 e 239-240.

governos e as legislaturas devem desenhar essa arquitetura com base em políticas, isto é, preconizando um objetivo coletivo e geral que respeite igualmente as preocupações em geral. É certo que cada decisão legislativa sobre propriedade deve respeitar certos direitos políticos individuais, contudo a legislatura deve perseguir também um interesse geral e coletivo por intermédio de uma variedade de distintas medidas e técnicas, cuja resultante é uma distribuição distinta para cada pessoa. Por conseguinte, nenhum cidadão tem o direito a uma escolha de programas governamentais, em detrimento de suas alternativas, simplesmente porque o beneficiará mais. Essa escolha de alocação de direitos e oportunidades é uma questão de política (policy), e não de princípio. Logo, a legislação deve ensejar um complexo esquema de regulação dependente de sua eficácia em relação à estratégia como um todo. Somente após a instância legiferante ter feito sua escolha que os indivíduos podem saber ou reivindicar, à luz do direito como integridade, se esses direitos lhe foram atribuídos pelo sistema jurídico³⁵².

Sendo assim, a interpretação dos estatutos, incluídos os de matiz regulatória, deve ser realizada segundo os métodos do juiz Hércules. Ou seja, o magistrado hercúleo deve tratar o Congresso como um autor que lhe antecede no romance em cadeia do direito, nada obstante seja este um novelista com responsabilidades e poderes distintos aos seus próprios. Desse modo, Hércules deve assumir seu papel eminentemente criativo em continuidade à instância congressional.. Assim, na interpretação de leis, o juiz Hercules não tenta alcançar o melhor resultado substantivo aos seus olhos, mas sim objetiva encontrar a melhor justificação para um evento legislativo passado. Nesse contexto, para além de suas convicções sobre a justiça e a sabedoria das políticas, também há função a ser desempenhada por suas convicções acerca dos ideais de integridade política, equidade e devido processo legal, quando essas compreensões prévias são aplicáveis na interpretação da legislação em uma democracia³⁵³.

Ademais, ao interpretar a Constituição, Dworkin visualiza ao juiz Hércules um papel destacado, a justificar o rótulo de sua proposta de acordo com a matiz da supremacia judicial. Isso porque recusa uma visão passiva da Suprema Corte, caracterizada pela adoção da resposta do legislador a uma questão constitucional como se fosse sua, pois deve assumir um argumento interpretativo exigida pela abordagem do direito como integridade. Logo, recusa de um lado o passivismo, de modo a restringir juízes indicados de imporem suas visões morais e políticas relativamente a instâncias majoritárias, pois essa atitude terminaria por desconsiderar o que a Constituição como lei fundamental já é, o que demanda interpretar uma prática constitucional

³⁵² Ibid., p. 310-311.

³⁵³ Ibid., p. 313-317 e 337-338.

de forma abrangente. De outro lado, também rejeita o ativismo que se traduz em uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, a qual ignora o texto constitucional, a história que lhe origina, precedentes e tradições persistentes na cultura política. Afinal, a abordagem do direito como integridade vaticina que os juízes devem efetivar a Constituição pela interpretação, assim como que em seu engajamento com a moralidade política deve observar convicções populares e as tradições nacionais³⁵⁴. A propósito, para ele, um dos elementos da cultura jurídica seria conferir aos juízes de maneira geral e à Suprema Corte dos EUA em particular a palavra final sobre a interpretação mais adequada da Constituição, compreendendo que, por isso, o Bill of Rights confere aos magistrados norte-americanos grande poder, pois cabe a eles declarar o que a igualdade realmente exige ou o que as liberdades básicas realmente são³⁵⁵.

Em suma, o juiz Hércules imaginado por Dworkin é guiado por um senso de integridade constitucional, porquanto acredita que a Constituição americana consiste na melhor interpretação disponível do texto e da prática constitucionais como um todo e que seu julgamento sobre qual interpretação é a melhor demonstra-se sensível à complexidade das virtudes políticas da comunidade. Na verdade, o autor acredita que “a Constituição funda questões jurídicas e morais, fazendo que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais complexos, como o problema de saber se uma determinada lei respeita a igualdade inerente a todos os homens”³⁵⁶.

Então, Hércules não é passivista, porque rejeita a ideia de que juízes devem prestar deferência automaticamente aos agentes eleitos, bem como decide controvérsias constitucionais considerando, quando for o caso, os direitos como trunfos do indivíduo e das minorias em face da vontade majoritária. Porém, Hércules também não é ativista, pois se recusa a substituir a escolha legislativa pela opção que lhe parece mais adequada, quando acredita que a questão em jogo é primariamente sobre políticas, e não princípios, isto é, quando o argumento é acerca das melhores estratégias para alcançar interesses coletivos gerais por meio de objetivos, como, por exemplo, prosperidade, erradicação da pobreza e o direito de ponderar entre a economia e a conservação ambiental. Para Dworkin, “quando intervém em processos do governo para declarar uma lei ou outro ato governamental inconstitucional, ele o faz a serviço de um juízo

³⁵⁴ Ibid., p. 377-379.

³⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 74.

³⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 285.

consciente sobre o que democracia realmente é e o que a Constituição, parente e guardião da democracia, realmente significa”³⁵⁷.

Por fim, dentro de seu pensamento mais maduro, bem se identifica que a proposta que a conveniência da existência de alguma forma de controle de constitucionalidade e de juízes constitucionais deve ser respondida moralmente em relação a saber se a jurisdição constitucional melhora a legitimidade democrática como um todo. De um lado, o governo representativo na condição de uma concentração temporária de poder na mão de poucos é indispensável para a sobrevivência e prosperidade de grandes comunidades políticas. De outro lado, a jurisdição constitucional existe para tornar mais provável que a comunidade vai assentar e efetivar uma concepção apropriada de liberdade negativa e positivo, assim como uma forma justa de distribuição de recursos e oportunidades. Logo, não há garantia a priori de que o controle de constitucionalidade tornará, ou não, uma comunidade baseada no ideal majoritário mais legítima ou democrática. Para o filósofo, não assiste razão à afirmação de que o controle de constitucionalidade é inevitavelmente e automaticamente um defeito na democracia, tampouco procede que qualquer democracia necessariamente se beneficiará por ter essa instituição³⁵⁸.

2.4.3 A centralidade do Poder Legislativo, desacordos e a dignidade da legislação em Jeremy Waldron

No que importa para a presente tese, o esforço teórico de Waldron pode ser sumarizado no objetivo de restabelecer a importância da legislação na teoria política e jurídico, assim como se contrapor enfaticamente à colocação do Judiciário como intérprete primário da ordem constitucional e protetor dos direitos constitucionais.

Nesse sentido, defende que são as legislaturas, e não as cortes, que devem possuir papel central na resolução de controvérsias constitucionais relacionadas a princípios e direitos. Dito de outra forma, argumenta que a legislação merece mais respeito e reconhecimento como uma forma de governança legítima e digna. Por isso, contrapõe-se a uma visão vulgar de que as legislaturas seriam desvirtuadas em nome de barganha política ou como uma arena de interesse próprio, conquanto a tomada de decisão judicial seria celebrada como refinada e pautada em princípios. Na verdade, o autor propõe que no processo legislativo “os representantes da

³⁵⁷ Tradução livre. DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986, p. 399.

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011, p. 396-399.

comunidade se reúnem para decidir de forma solene e explícita sobre planos e medidas comuns que possam ser adotados em nome de todos e o fazem de uma maneira que reconhece e respeita abertamente (...) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles”³⁵⁹.

Na esteira dos pensamentos filosóficos de Aristóteles, Locke e Kant, usualmente associados a uma visão cética da regra majoritária, ao invés de pensadores mais comuns nessa matéria, como Bentham e Rousseau, Waldron busca afirmar o valor e a dignidade dos processos legislativos. Portanto, sustenta que a legislação democrática não deve ser preterida em favor da jurisdição constitucional unicamente por sua porosidade a compromissos pragmáticos e política partidária. Isso porque o processo legislativo de tomada de decisões coletivas representa uma parte essencial da governança democrática da comunidade política, ao refletir a vontade coletiva e permitir a participação ampla no desenho das leis. Enfim, sua defesa da legislação baseia-se no argumento no sentido de que, além de serem legítimas, as leis elaboradas por meio de assembleias representativas desempenham um papel crucial na realização dos valores democráticos, pois permitem a integração de interesses sociais diversos em políticas coerentes.

Posto esse panorama, Waldron aponta que, na verdade, a realização de juízos morais pelos juízes é arbitrária, porquanto a atividade demonstra-se imprevisível, irracional e democraticamente ilegítima. A imprevisibilidade decorre da ausência de objetividade moral na prestação da jurisdição constitucional, assim o realismo moral não faria qualquer diferença na previsibilidade de decisões judiciais que envolvam elementos morais. Por sua vez, a irracionalidade deriva não do que os juízes dizem, mas, sim, do que eles fazem. Para não se cuidar de imposição de suas preferências morais sobre cidadãos ou de simplesmente contrapor as crenças dos magistrados vis-à-vis dos legisladores, “trata-se de uma preocupação sobre se eles estão dispostos a argumentar ou reunir razões para suas opiniões, ou se simplesmente as anunciam de forma direta, dizendo que, embora não possam argumentar sobre virtude ou vício, sabem reconhecê-los quando os veem”³⁶⁰.

Na sua concepção de democracia constitucional, Waldron comunga da posição de Dworkin quanto à inexistência de uma oposição fundamental entre a ideia democrática e a ideia de direitos individuais, por vezes empregada como base para se fazer uma crítica ao controle de constitucionalidade de leis. Na verdade, a posição do primeiro é que os direitos são, na verdade, parte constitutiva dos processos democráticos e, mesmo que assim não fosse, os direitos englobam condições necessárias para a legitimidade da democracia. O âmago da

³⁵⁹ WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 2.

³⁶⁰ Tradução livre. WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 183.

divergência encontra-se na proposição de que a jurisdição constitucional torna a sociedade mais justa, principalmente em matéria de direitos constitucionais, em comparação a deixar as matérias exclusivamente ao alvedrio de instituições majoritárias. Conforme Waldron, a principal objeção a essa centralidade das instâncias judiciais na definição de sentidos constitucionais e na resolução de controvérsias morais e políticas existências a uma comunidade reside nos desacordos morais. Portanto, levar os direitos a sério na visão do autor ocorre na viabilidade social de desacordos morais e seu tratamento democrático perante instâncias majoritárias no seguinte sentido:

Mas levar os direitos a sério também diz respeito a como respondemos à contradição feita por outros, mesmo em uma questão de direitos. Embora cada um de nós considere razoavelmente suas próprias opiniões como importantes, devemos também (cada um de nós) respeitar a condição elementar de estar com os outros, que é tanto a essência da política quanto o princípio de reconhecimento que está no coração da ideia de direitos. (...)

Levar os direitos a sério, então, é responder respeitosamente a esse aspecto da alteridade e estar disposto a participar vigorosamente - mas como um igual - na determinação de como vamos viver juntos nas circunstâncias e na sociedade que compartilhamos³⁶¹.

Por conseguinte, em resposta a debates sobre autoridade judicial que giram em torno da aptidão superior dos juízes quanto à abordagem de questões morais sobre direitos, Waldron responde essa indagação negativamente. Afirmar, a propósito, que isso não se dá por serem os magistrados moralmente ineptos, mas sim porque o ambiente institucional em que atuam e o papel que desempenham exigem um tratamento dessas questões sob uma perspectiva legalista e de certa forma. Portanto, propõe a existência de dois modelos de julgamento moral, um legislativo e outro judicial, devendo a adequabilidade de cada metodologia ser julgado pelos problemas e contextos que busca endereçar.

O argumento a favor do modelo judicial baseia-se no tratamento das questões morais previamente em um documento constitucional escrito, de maneira a permitir a análise daquelas como questões jurídicas a serem analisadas por magistrados e tribunais. Portanto, mediante técnicas e referências a textos e precedentes, o juiz constitucional busca afirmar compromissos já assumidos pela sociedade. Por sua vez, o modelo legislativo propõe-se a enfrentar relevantes questões de direitos individuais e minorias de forma inédita, logo considere que o problema a ser resolvido não foi previamente contemplado pelo texto constitucional ou pelo fato de a carta de direitos ter sido redigida para evitar grandes discordâncias sobre direitos na comunidade.

³⁶¹ Tradução libre. Ibid., p. 311-312.

Por conseguinte, nos termos do pensamento de Waldron, o modelo legislativo de formulação de juízos morais em nome de toda a sociedade representa a garantia de um espaço nos processos de tomada de decisão pública para a deliberação e decisão dessas questões de uma forma que seja orientada e julgada por padrões decisórios majoritários³⁶².

Em suma, a crítica de Waldron a uma jurisdição constitucional baseada em direitos pauta-se na pouca adequação dela em sociedades razoavelmente democráticas, cujo principal problema não seja a disfuncionalidade de suas instituições legislativas, mas, sim, que os legisladores discordem sobre direitos. Para o autor, as discordâncias sobre direitos não se caracterizam pela irracionalidade, sendo, na verdade, normal e salutar que essas divergências ocorram enquanto as pessoas levem os direitos a sério. Nesses casos deve-se assegurar procedimentos de resolução desses impasses sobre direitos, aqueles devem tratar todos como iguais no processo, assegurar que as questões difíceis e complexas subjacentes a estes sejam abordadas de forma responsável e deliberativa. Assim, os processos legislativos contemporâneos nas sociedades razoavelmente democráticas contemplariam essas condições para julgamentos morais sobre direitos constitucionais, de modo que o exercício do controle de constitucionalidade da legislação pouco ajudaria nesse processo³⁶³.

2.4.4 A centralidade do Poder Executivo e a abnegação do direito em Adrian Vermeule

A tese de Vermeule consiste em compreender que o direito contemporâneo se inclinou decisivamente em favor do modelo de Estado Administrativo, resultante de autorreflexão e do raciocínio jurídico interno. Assim, as referências legais tradicionais teriam “abnegado” parcela de seu poder em prol das agências, por estarem essas melhor equipadas para resolver sobre políticas complexas. Na visão dele, o processo de evolução do sistema jurídico norte-americano teria ocorrido de forma voluntário, justamente pelo compromisso dos juristas com a consistência e a racionalidade. Noutras palavras, essa deferência voluntária estaria pautada em princípios de coerência lógica e competência institucional. Assim, ao formular doutrinas como a deferência Auer ou Chevron, o Judiciário não trairia seu mister constitucional, mas desenvolvido uma decisão racional e pautada em princípios. Em resposta à proposta dworkiana, defende que “ao invés de teorizar a partir de princípios de primeira ordem, tenta-se mostrar que

³⁶² WALDRON, Jeremy. Judge as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1, p. 2-24, jan. 2009, p. 21-23.

³⁶³ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2005-2006, p. 1406.

(...) abnegação baseia-se em bom raciocínio jurídico é a melhor forma principiológica de justificar a doutrina [do Estado Administrativo]”³⁶⁴.

Na verdade, o processo de automarginalização das instâncias judiciais em matéria de políticas públicas visualizado por Vermeule teria colocado o juiz na condição de ator marginal da governança em rede característica da Administração Pública, pois ainda cabe ao Estado-juiz controlar as ações das agências em termos de racionalidade básica e aderência delas a comandos legislativos, porém voluntariamente teria abdicado de realizar intervenções substantivas nas escolhas regulatórias feitas, o que, na prática, significa influência limitada relativamente a funções primordiais do Estado Administrativo. Com base em preocupações de custo marginais e benefícios do legalismo, o autor entende que se deve passar a questionar o que o controle judicial dos atos administrativos, de fato, adiciona às decisões feitas pelas agências. Sob a perspectiva proposta, “os juízes devem garantir que as agências permaneçam dentro dos limites dos estatutos que lhes delegam autoridade, mas justamente porque os estatutos delegam essa autoridade às agências, o papel dos juízes é revisar, não decidir”³⁶⁵.

A começar pelo título, Vermeule contrapõe-se à visão de direito como integridade de Dworkin, pois de um lado se intriga sobre o silêncio deste em relação ao Estado Administrativo e, de outro, pensa que levar a sério a trajetória do direito termina por desaguar na conclusão de que o Direito abdicou de suas pretensões imperiais a partir de razões jurídicas válidas. Assim, argumenta que a teoria dworkiana e respectiva idealização dos juízos na qualidade de guardiões supremos dos princípios morais e jurídicos não conseguem lidar com a realidade complexa do Estado Administrativo, pois nesta são as agências que operam, por vezes, como verdadeiros fóruns de princípios, ao equilibrar valores e políticas concorrentes. Portanto, a deferência judicial às instâncias executivas traduz-se em uma consequência lógica da autoconsciência do Direito sobre suas limitações, exigindo-se que o Estado Administrativo interprete leis e tome decisões políticas baseadas em expertise e razões pragmáticas³⁶⁶.

Noutro giro, embora compartilhe das preocupações de Waldron sobre a ilegitimidade e as deficiências da jurisdição constitucional como intérprete final dos sentidos da Constituição, Vermeule também critica o foco legislativo empregado por aquele. Em sua visão, foram os próprios legisladores que contribuíram para o advento e a consolidação do Estado Administrativo moderno, cuidando-se este, na verdade, de uma natural extensão da ação

³⁶⁴ Tradução livre. VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation: from Law's empire to the Administrative State**. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 8.

³⁶⁵ Tradução livre. Ibid., p. 7.

³⁶⁶ Ibid., p. 3-14.

legislativa voltada a processar as complexidades da governança pública hodierna. Dito de forma direta, teriam sido as instâncias legislativas que capacitaram voluntariamente as agências administrativas na condição de resposta pragmática aos imperativos de governança do poder público nos dias correntes.

Ademais, juntamente com Posner, Vermeule propõe que o Poder Executivo contemporâneo está desatado ou liberto das exigências do legalismo liberal. Quanto a este ideal político, argumentam que o quadro-base centrado em imperativos de separação dos poderes e constrações legais ao Executivo tornam-se pouco efetivos no Estado Administrativo. Isso porque se vive hoje nos EUA em uma era dominada pelo Estado-administrador, em que o presidente e as agências administrativas possuem vasta autoridade e as constrações legais são poucas ou inexistentes, especialmente em tempos de crise. Nessa linha, as propostas de supremacia legislativa e controles legais estritos falhariam no endereçamento da realidade hodierna da governança pública³⁶⁷.

Em contraposição ao que denominam de legalismo liberal, Vermeule e Posner sugerem que as reais constrações do Executivo estão nas dinâmicas da política e da opinião pública, e não no direito e seus mecanismos legais. Por conseguinte, reputam como “tiranofobia” as preocupações dos teóricos liberais quanto ao excesso de poderes da administração pública, porque esta não tenderia ao despotismo, ou sequer está incontrolada, em função de garantias democráticas, tais como eleições, opinião pública e barganha política. Seja como for, para os autores, “as aspirações básicas do legalismo liberal de constranger o Executivo por meio de leis estatutárias falharam em larga medida”³⁶⁸. Por outro lado, “o sistema de eleições, o sistema partidário e a cultura política americana constroem o poder executivo muito mais do que as regras legais criadas pelo Congresso ou pelos tribunais,”³⁶⁹ nada obstante esse conjunto de instituições de coloração política não garantam que o Poder Executivo sempre atuará em nome do interesse público, no mínimo servirá para limitar o alcance dos abusos executivos.

No que diz respeito especificamente à deferência judicial, Vermeule e Posner são enfáticos:

O ponto final dessa passagem é crítico: é inevitável, dado as condições de fundo do Estado Administrativo, que as normas regentes do controle judicial da ação da agência incorporem standards soltos ou parâmetros ajustáveis. E que esses postulados sejam aplicados por juízes que irão prestar pesadamente deferência – a ponto de criar

³⁶⁷ VERMEULE, Adrian; POSNER, Eric A. **The executive unbound: after the Madisonian Republic**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3-11.

³⁶⁸ Ibid., p. 112.

³⁶⁹ Ibid., p. 113.

buracos cinzas – enquanto mantém intactas nominalmente as normas jurídicas (...) vale a pena repetir que os mecanismos que criam essa deferência judicial são pragmáticos, e não conceituais. É logicamente possível que os juízes exerçam um controle rigoroso mesmo quando os interesses do governo são prementes, mas é institucionalmente impossível que o façam. Os juízes deferem porque acreditam que o executivo possui informações melhores do que eles, e também acreditam que essa assimetria ou lacuna informacional aumenta conforme a complexidade e a rapidez das mudanças das questões políticas subjacentes crescem; porque (mesmo que os juízes sejam céticos quanto à superioridade das informações do executivo ou quanto às motivações do executivo) eles estão cientes de sua própria falibilidade e temem os danos à segurança nacional ou ao bem-estar econômico que podem surgir se anularem erroneamente as políticas executivas; e porque temem o atraso que pode decorrer da revisão judicial, o que pode ser especialmente prejudicial quando o tempo é essencial³⁷⁰.

Também se encontra no pensamento de Vermeule investigação sobre os limites da razão no direito. Nesse empreendimento, a afirmação básica do autor é no sentido de que o direito constitucional norte-americano se mova de uma constituição de Common Law para uma constituição codificada, o que implicaria mais reformas constitucionais à lei fundamental do país e dois componentes principais, um institucional e outro jurídico. Do ponto de vista institucional, argumenta que o poder de desenvolver e atualizar o direito constitucional seria paulatinamente transferido dos juízes e dos advogados nos tribunais para não advogados nos tribunais e não juristas em outros foros, como o legislativo. Diante da pluralidade de intérpretes constitucionais proposta, os estatutos receberiam deferência dos juízes se nenhum erro claro se apresentar. Sob o componente legal, o direito constitucional norte-americano tomaria mais a forma de disposições normativas, sejam emendas constitucionais, sejam diplomas legislativos. Nesse cenário, caberia mais aos legisladores “liquidar” os sentidos constitucionais, ao preencher lacunas e ambiguidades, bem como promover ajustes aos arranjos constitucionais perante modificações substanciais³⁷¹.

Sendo assim, na visão codificada do direito constitucional norte-americano proposta por Vermeule, “estatutos receberiam deferência judicial sempre que a Constituição seja vaga, genérica, aspiracional ou ambígua, o que significa a maior parte do tempo. Nesse sentido, os estatutos corresponderiam a maior parte da atual tessitura do direito constitucional”. Desse modo “a constituição do Common Law serviria apenas para fixar regras mínimas do jogo ou fronteiras externas amplas, dentro das quais as legislaturas poderiam com liberdade ampla fazer e refazer o direito constitucional ao longo do tempo”³⁷².

³⁷⁰ Tradução livre. Ibid., p. 105-106.

³⁷¹ VERMEULE, Adrian. **Law and the limits of reason**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 187-188.

³⁷² Tradução livre. Ibid., p. 188.

No pensamento de Vermeule, o direito se pautaria num racionalismo de segunda ordem institucionalmente consistente, a ser aplicado por legislaturas, cortes, agências e outros atores. Portanto, “quanto a análise de segunda-origem é completa e imparcial, os limites da razão sugerem um papel predominante da feitura do direito pelo legislador, mesmo em matérias constitucionais”³⁷³.

Em síntese, com o intuito de sumariar a sua teoria institucional de interpretação jurídica e apontar como devem transcorrer as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no âmbito do Estado Administrativo, Vermeule defende sua visão de formalismo proveniente da teoria institucional. Nela, que ele não considera ser a concepção dominante de hermenêutica jurídica nos EUA, “os juízes devem (1) seguir o claro e específico sentido de textos legais, quando esses textos tenham um claro e específico sentido; e (2) prestar deferência às interpretações oferecidas pelos legisladores e agências, onde os textos legais não tenham um sentido claro e específico”³⁷⁴. Nesse sentido, assevera que o “alvo aqui é o conceitualismo primeiro-melhor (first-best): o intento de deduzir regras de interpretação em nível operacional diretamente de compromissos conceituais de alto nível (high-level),”³⁷⁵ pois essa corrente teórica falha ao não considerar variáveis sobre a capacidade e as interações entre instituições legais que são necessárias para traduzir princípios em conclusões operacionais.

2.4.5 A centralidade do Regulador independente e a análise humanizada de custo-benefício em Cass Sunstein

Em linha com o desenvolvimento do conceito de Estado Administrativo, Sunstein reconhece a essencialidade das agências reguladoras independentes em relação à governança contemporânea do Estado, mas nesse contexto sua crítica vai ao encontro de Waldo. Em sua concepção, as agências devem operar dentro de uma rede de responsabilização interinstitucional, guiada pela racionalidade da análise de custo-benefício e por uma formulação de políticas pautadas por direitos.

Segundo o autor, o *New Deal* transformou a Constituição dos Estados Unidos da América, pois o movimento não se limitou a expandir o poder federal em detrimento dos poderes

³⁷³ Tradução livre. Ibid., p. 194.

³⁷⁴ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 1.

³⁷⁵ Ibid., p. 2.

estaduais e locais. Na verdade, remodelou três compromissos fundamentais atinentes à separação dos poderes, aos direitos individuais e ao federalismo³⁷⁶.

Na interpretação de Sunstein, os reformadores teriam rejeitado o desenho constitucional clássico de freios e contrapesos, ao propor sua substituição por um modelo pautada em agências administrativas independentes, especializadas e relativamente isoladas das instâncias políticas e às disputas partidárias. Portanto, entidades como a *Securities and Exchange Commission* (SEC), o *National Labor Relations Board* (NLRB) e o *Social Security Board* foram concebidas a partir da crença na expertise racional e na neutralidade técnica como fundamentos da legitimidade governamental. Contudo, essa arquitetura tecnocrática culminou em expor os agentes decisórios aos interesses econômicos e políticos de grandes *players* privados, ocasionando problemas de captura institucional e de facções.

Diante desse cenário, Sunstein propõe reinserir o Estado Regulador na estrutura constitucional, ao revigorar o sistema de freios e contrapesos, isto é, instaurando um mecanismo de revisão coordenada entre os Poderes das decisões regulatórias feitas pelas agências. Logo, cabe ao Poder Executivo perfectibilizar uma supervisão, notadamente mediante o controle presidencial sobre a regulação, de modo a garantir coerência e responsabilidade a um maquinário estatal fragmentado e policêntrico. Igualmente, compete, por ilustração, ao Judiciário a realização de um controle judicial rigoroso e ao Congresso o monitoramento das escolhas regulatórias. A tônica é justamente a atuação coordenada dos Poderes na fiscalização da tomada de decisões regulatórias.

De acordo com o autor, deve-se visar conciliar a responsabilidade política pensada pelos pais fundadores com o conhecimento especializado herdado dos reformadores do *New Deal*. No plano procedimental, argumenta-se pelo uso consolidado da análise de custo-benefício como expressão do reequilíbrio constitucional, ao passo que no plano substantivo cogita-se na ampliação dos direitos sociais e econômicos tachadas por Franklin Roosevelt como uma segunda *bill of rights*.

Deve-se, ainda, coadunar o constitucionalismo pós-*New Deal* com a “revolução de direitos” percebida na esfera pública norte-americana nas décadas de 1960 e 1970. Desse modo, impõe-se uma reconcepção do Estado Regulatório liberal e intervencionista, cuja essencialidade da regulação paute-se não só para corrigir falhas de mercado, mas também molde preferências sociais e promova valores cívicos. Isso porque, segundo Sunstein, a regulação também se

³⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, v. 101, p. 421-510, 1987-1988.

justifica para corrigir injustiças sociais e desigualdades estruturais, por expressar a autogovernança coletiva da sociedade, ou seja, permite a ação social pautada em compromissos morais compartilhados, e não apenas na maximização da utilidade econômica cosoante o receituário da economia neoclássica ou da teoria da escolha pública. Noutro giro, dado que as preferências individuais relacionam-se com a lei e a cultura, cabe ao Estado desempenhar um papel formativo na definição dos interesses legítimos³⁷⁷.

Nesse contexto, a formulação dos estatutos regulatórios deve incorporar normas constitucionais subaplicadas, uma vez que sua função é a concretização de objetivos coletivos, tais como segurança, saúde, proteção ambiental. Descabe cingir-se a um reducionismo econômico, haja vista que o Estado Regulatório compora uma diversidade de propósitos de regulação.

Assim, os Tribunais revelam-se arenas para tornar a regulação eficaz, por intermédio da interpretação das leis em termos finalísticos e de valores públicos. Sunstein defende um conjunto de princípios interpretativos que devem embasar as decisões judiciais, especialmente as proposições de que leis que favoreçam grupos de interesse restritos devem ser interpretadas de forma limitada, ao passo que aquelas as quais suscitem dúvidas constitucionais devem ser interpretadas restritivamente. Além disso, os tribunais devem preferir interpretações que reforcem a responsabilidade e a transparência política.

Em síntese, o Estado Regulatório após a revolução dos direitos deveria integrar na regulação ideais republicanos cívicos, tais como deliberação, participação e responsabilidade. Por conseguinte, a um só tempo, rejeitar o *laissez-faire* mercadológico de um lado e, de outro, a burocracia tecnocratizante, buscando conciliar a *expertise* técnica e o controle democrático. Na visão de Sunstein, o momento seguinte à “revolução dos direitos” exige uma síntese constitucional em que tribunais, agências e legisladores colaborem para sustentar a justiça social, a eficiência e a legitimidade democrática.

A partir da visão específica de Sunstein acerca da interpretação constitucional, torna-se viável compreender suas críticas à centralidade dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo no desenvolvimento do Estado Regulatório³⁷⁸. No que toca ao próprio constitucionalismo, rememora-se antigo debate entre James Madison e Thomas Jefferson sobre a natureza do fenômeno político-jurídico. O primeiro defendia que o sentido da Constituição era

³⁷⁷ SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the Regulatory State**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

³⁷⁸ SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds**. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2009.

relativamente fixo, ao passo que o segundo propunha a necessidade de cada geração repensar o texto constitucional.

Para o autor, há, na verdade, uma “constituição de muitas mentes”, haja vista que o sentido da Constituição norte-americana mudou significativamente pela via de práticas sociais e exercícios interpretativos. O “argumento de muitas mentes” deriva da sugestão de que se muitas pessoas pensam algo, ainda que não seja a visão correta, ela merece respeito e consideração. Enfim, seria oportuno a assunção de um minimalismo burkeano, isto é, uma abordagem conservadora, mas distinta do originalismo ou do perfeccionismo, segundo a qual as práticas estabelecidas ao longo do tempo refletem a sabedoria de muitas mentes. Por conseguinte, deve-se favorecer em relação à dimensão institucional pequenos passos e atenção às práticas e tradições de longa data.

Igualmente, Sunstein defende que é possível a manutenção de um constitucionalismo estável e legítimo em sociedades plurais, nas quais os cidadãos discordam sobre valores morais, religiosos e políticos. Em sua concepção, qualquer democracia constitucional exige a existência de divergências morais e filosóficas insolúveis. Para formular constituições e interpretar direitos, a chave reside na deliberação prática razoável, e não em teorias constitucionais abrangentes. Isso porque se revela mais factível que pessoas diversas e discordantes convirjam sobre práticas, regras e resultados específicos, nada obstante diverjam frontalmente sobre os fundamentos que inspiram estes. Para ele, um “acordo incompletamente teorizado” ocorre quando diferentes indivíduos ou grupos chegam a um consenso sobre uma regra, princípio ou decisão, mas não compartilham uma teoria geral que a fundamente³⁷⁹.

Nessa linha, defende-se que os principais mecanismos aptos a possibilitar decisões sem consenso teórico de fundo são as regras jurídicas e os raciocínios por analogia. Afinal, as regras atuam como pontos de referência com aptidão para viabilizar previsibilidade mesmo em meio ao desacordo, enquanto as analogias servem para resolver novos casos com base em decisões passadas amplamente aceitas. Cuida-se, portanto, de formas de raciocínio prático, cuja potencialidade é gerar convergência em sociedades heterogêneas. Em síntese, segundo Sunstein, a virtude das constituições não residem em suposta coerência teórica, mas, sim, em sua capacidade de articular estabilidade e respeito em ambiência de profundos desacordos morais. Logo, por meio dos acordos incompletamente teorizados, o constitucionalismo demonstra-se, antes de tudo, uma prática de convivência deliberativa.

³⁷⁹ SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: what constitutions do**. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 49-66.

Em suma, o constitucionalismo de caráter pragmático e democrático reflete-se no direito que funciona como um meio de estabilizar sociedades plurais e heterogêneas sem exigir para tanto consenso moral sobre grandes questões ou visões de mundo. Em vez de depender de teorias abrangentes sobre justiça ou bem comum, o raciocínio jurídico opera com acordos incompletamente teorizados, que permitem consensos parciais sobre regras, analogias e resultados específicos que permitem a convivência de valores divergentes. Nesses termos, Sunstein defende que as grandes disputas de valor pertencem à esfera democrática, e não ao foro judicial. Assim, o constitucionalismo moderno deve propor que os tribunais estabilizem sociedades plurais por meio de raciocínio analógico, precedentes e acordos incompletamente teorizados, enquanto a deliberação democrática deve ser o palco, por excelência, das grandes transformações sociais³⁸⁰.

Nada obstante o autor tenha pensamentos próprios sobre a posição do Poder Judiciário, notadamente a partir do minimalismo judicial³⁸¹ e da explicitação de limites institucionais das Cortes³⁸², torna-se, para os estreitos fins desta tese, perceber como sua proposição teórica no sentido da reconcepção do Estado Regulatório perpassa por *nudges*³⁸³, influenciados pelas ciências comportamentais aplicáveis ao Direito³⁸⁴ e pela ética do paternalismo libertário³⁸⁵, além da primazia da análise de custo-benefício no campo das políticas públicas.

Após passagem do autor como diretor do *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) no governo Barack Obama, observa-se a reorientação de suas preocupações à simplificação do governo e à humanização do instrumental da análise de custo-benefício. Quanto ao primeiro eixo, defende que os ideais de simplicidade, transparência e *insight* comportamental possuem a aptidão para tornar o governo mais eficiente e centrado no cidadão. Em sua concepção, haveria uma resistência política enfrentada por tecnocratas que buscam modernizar a governança regulatória. A regulação deve ser empiricamente embasada, e não intuitiva, ao passo a análise de custo-benefício representa o método padrão para a tomada de

³⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 191-196.

³⁸¹ SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time**. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 1999.

³⁸² SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Trad. Manassés Teixeira Martins, Luiz Moreira e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 186-197.

³⁸³ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven, Londres: Yale University Press, 2008.

³⁸⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Advanced Introduction to Behavioral Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2023. SUNSTEIN, Cass R. (ed.). **Behavioral Law & Economics**. Nova York, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

³⁸⁵ SUNSTEIN, Cass R. **The Ethics of Influence: government in the age of behavioral science**. Nova York: Cambridge University Press, 2016, cap. 2.

decisões no âmbito governamental. Argumenta-se que o *nudge* não se resume em paternalismo, mas sim representam ferramentas que preservam a liberdade e simultaneamente promovem o bem-estar (*welfare*). Nesses termos, em sua visão, a simplificação do governo perpassa pelo desenho de ambientes que tornem as melhores escolhas intuitivas e sem custo, cabendo uma colaboração entre os setores privado e público na criação de ecossistemas regulatórios que salvem vidas e dinheiro³⁸⁶.

Por sua vez, Sunstein também se propõe a realizar uma defesa vigorosa da análise de custo-benefício como o método de tomada de decisões governamentais mais racional e democrático para a formulação de políticas públicas. Coloca-se contra o que denomina de expressivismo político, conceito que denotaria a tendência de adoção de políticas eminentemente como expressões de valores morais ou ideológicos, logo o processo regulatório transmuta-se numa arena de emoções e símbolos³⁸⁷.

Já a análise de custo benefício traduz o processo decisório numa linguagem objetiva, mensurável e comparável, em que os desacordos se explicam diante de fatos, e não propriamente valores morais fundamentais. Com a origem no governo Reagan, a análise simbolizaria o “triunfo dos tecnocratas”, uma vez que sua linguagem e forma de raciocínio transcendem os partidarismos ou as flutuações da opinião pública. Na qualidade de fronteiras dos temas, Sunstein apresenta a possibilidade da análise de custo-benefício ser incorporada pelas Cortes, ao realizar o controle judicial das escolhas regulatórias, bem como a incorporação de valores e compromissos morais no método de tomada de decisões. Com a finalidade de descrever uma revolução silenciosa que denota a transição de um governo orientado por crenças para um governo baseado em evidências, a análise de custo-benefício representa um instrumento de racionalidade democrática, capaz de aproximar a ação estatal da melhora do bem-estar das pessoas de forma mensurável, transparente e justa.

Sendo assim, percebe-se correntemente nos esforços teóricos de Sunstein o afã de humanizar a regulação, sem abrir mão do rigor técnico e da responsabilidade política que caracterizam o Estado Regulatório. A humanização decorreria de síntese entre a racionalidade econômica, percepção comportamental e reflexão moral. O empreendimento não exigiria o abandono da análise de custo-benefício, entendendo esta como uma imposição tecnocrática e numérica sobre valores sociais, mas demandaria sim sua potencialização como ferramenta de democratização das decisões públicas. Dito de outra forma, exige-se a ampliação do alcance

³⁸⁶ SUNSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. Nova York: Simon & Schuster, 2014.

³⁸⁷ SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, Londres: MIT Press, 2018.

moral do método, de modo a transformá-lo em exercício disciplinado da razão prática. Nesse sentido, a versão humanizada da análise de custo-benefício demandaria inovações, tais como a incorporação de bens não quantificáveis na formulação de políticas, a integração de elementos da economia comportamental e sua funcionalização como garantia da justiça distributiva.

Enquanto no governo, eu falei bastante sobre “humanizar a análise de custo-benefício”. Com essa frase, eu intencionava me referir a quatro ideias correlatas. A primeira é a necessidade de atentar para as consequências prováveis – um ponto que explica meu entusiasmo com a análise de custo-benefício. A segunda é colocar sob o holofote com o que a análise de custo-benefício luta para capturar, incluindo a dignidade humana. Humanizar a análise de custo-benefício não ignora os não-quantificáveis. A terceira ideia envolve a diferença entre pessoas reais e *Homo economicus*, o ato racional da análise econômica padrão (...) Humanizar a análise de custo-benefício explora os efeitos das políticas e regulações em seres humanos reais. A quarta e final ideia se refere à necessidade de coletar a informação dispersa detida pela cidadania da nação. Reguladores usualmente sabem muito, mas frequentemente eles sabem muito menos do que os cidadãos sabem. Antes de finalizar regras, devem obter comentário público e, por consequência, aprender com as pessoas que são privilegiados em servir³⁸⁸.

Então, preocupa-se com a dimensão ética do Estado Regulador. O autor reconstrói, assim, a governança como um ato de razão moral coletiva, que, por consequência, não mede apenas a eficiência econômica das ações governamentais, mas sim deve se preocupar com as consequências humanas destas. Na visão de Sunstein, é o tecnocrata independente e de instrumental humanizado quem deve ocupar a centralidade do processo regulatório.

2.4.6 A moralidade do direito em Lon Fuller e sua aplicabilidade ao Estado Administrativo segundo Cass Sunstein e Adrian Vermeule

Em um Estado Social ainda a realizar, com efetividade tardia e disposto a combater as evidentes desigualdades, defende-se que cabe à dogmática constitucional democrática e emancipadora pensar em como afirmar a Constituição politicamente e juridicamente, dado que esta condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania. Segundo Clève, “não se pode correr o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam a emancipação”³⁸⁹.

³⁸⁸ SUNSTEIN, Cass R. **Valuing life: humanizing the Regulatory State**. E-book. Chicago, Londres: The University of Chicago Press, 2014, loc. 133.

³⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 302-303.

Por isso, sem a pretensão de dissecar um debate longo e complexo da teoria constitucional acerca de quem deve ser o melhor intérprete dos sentidos da Constituição, argumenta-se ser viável ainda na experiência norte-americana recolher propostas teóricas capazes de conciliar as premissas do neoconstitucionalismo latino-americano de um lado e, de outro, as exigências do Estado administrativo hodierno, que é encarado como promotor de prestações sociais. Nesse sentido, um importante ponto de partida é a obra de Lon Fuller, pois se busca do ponto de vista interno tecer uma contundente crítica ao positivismo vigente nos Estados Unidos na década de 1930. O pioneirismo de Fuller deve-se, portanto, à sua exploração da intrínseca relação entre direito e moral, por acreditar que pertence inerentemente ao direito uma dimensão moral que se revela fundamental à sua eficácia e legitimidade.

Em sua indagação moral, o autor distingue duas formas de moralidade, uma de dever e outra aspiracional. A primeira fixa regras básicas sem as quais uma sociedade ordenada é impossível, sendo assim postula uma espécie de legislador moral hipotético que estaria encarregado da responsabilidade de decidir se determinada prática é tão danosa que sua proibição consiste em um dever moral geral. A segunda modalidade busca a realização máxima do potencial humano, prescrevendo as formas pelas quais um homem é capaz de realizar plenamente suas capacidades, e não condutas certas e erradas. Segundo Fuller, “quando a moralidade de aspiração começa no topo das realizações humanas, a moralidade do dever começa em seu fundo,”³⁹⁰ afinal a primeira condena os homens a abraçar as oportunidades em prol da máxima realização de seus poderes, ao passo que a última os condena a respeitar os requerimentos básicos para a vida em sociedade. Nesses termos, o direito primariamente se ocupa da moralidade do dever, porém também, em alguma medida, encora a moralidade aspiracional a promover seus mais altos ideais.

De acordo com Fuller, o direito tem como propósito fundamental regular a conduta humana por meio de regras estabelecidas, contudo também condena a visão meramente procedimental ou formalista do direito, uma vez que ela ignora o critério moral essencial para conferir legitimidade e eficácia a sistemas jurídicos. Sua crítica ao positivismo jurídico em sua vertente anglo-saxã centra-se no argumento de que o último considerar o direito como um fato manifestado de autoridade social e poder, que deve ser estudado pelo que é e faz, e não pelo que tenta fazer ou se tornar. Na visão do autor, o direito é um empreendimento propositado, ainda que modesto por cingir-se a regular a conduta humana e controlar regras gerais. Assim,

³⁹⁰ Tradução livre. FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 5.

“precisamente porque o direito é um empreendimento propositado que ele demonstra constâncias estruturais as quais o teórico do direito pode descobrir e tratar como uniformidades no dado fático”³⁹¹.

Posto esse panorama teórico, Fuller busca explicitar uma moralidade que faz o direito possível. Em seu experimento mental relativo a um rei denominado Rex que busca entrar para a história como um grande legislador, desde seu primeiro ato no reinado busca reescrever todas as leis a partir de generalizações. Ao longo da história, a carreira de Rex como legislador e juiz se demonstra um fracasso, por exemplo, porque seu código legal seria verdadeiramente uma "obra prima da obscuridade". A conclusão desse experimento hipotético é uma morte súbita do regente seguida do primeiro ato de seu sucessor, Rex II, que consistiu em tirar os poderes governamentais das mãos dos advogados e colocá-los nas mãos de psiquiatras e experts em relações públicas, de modo que o povo pudesse ser feliz sem regras. No pensamento de Fuller, a parábola ajuda a compreender oito formas falhas de se conceber e manter um sistema de regras jurídicas, nos seguintes termos:

(...) há oito rotas distintas para o desastre. A primeira e mais óbvia reside na falha em alcançar regras em absoluto, então cada controvérsia deve ser decidida em bases ad hoc. As outras rotas são: (2) falha em publicizar, ou ao menos tornar disponível para a parte afetada, as regras que se espera que ela cumpra; (3) o uso abusivo de legislação retroativa, na medida em que ela mesma não consegue guiar a ação, mas também por erodir a integridade das regras com efeitos prospectivos, uma vez que coloca-as sob ameaça de uma mudança retrospectiva; (4) a falha em fazer as regras inteligíveis; (5) estabelecer regras contraditórias; (7) introduzir tantas mudanças frequentes nas regras que o sujeito não consegue orientar suas ações por elas; e, finalmente, (8) a falha da congruência entre as regras como anunciadas e sua real administração³⁹².

Finalmente, Fuller reconhece que as oito proposições exercidas com perfeição representam uma utopia de legalidade. Na verdade, eles fornecem parâmetros ideais pelos quais a legalidade pode ser testada. A moralidade interna do direito abrange a moralidade de dever e de aspiração, assim suas prescrições abarcam proibições (deveres morais) e afirmações dirigidas às mais altas façanhas humanas³⁹³.

Nesse sentido, a legalidade para Fuller é uma arte prática, uma vez que é fácil visualizar que as leis devem ser expressas em regras gerais que sejam prospectivas em sua eficácia e fazê-

³⁹¹ Tradução livre. Ibid., p. 151.

³⁹² Tradução livre. Ibid., p. 39.

³⁹³ Ibid., p. 43.

las conhecidas pelos cidadãos. No entanto, saber como, em quais circunstâncias e como balancear essas coisas representa o desafio de ser um jurista³⁹⁴.

No que toca à interpretação da Constituição, o autor propugna pelo papel da moralidade interna do direito como fator adequado para a realização das necessidades do governo. Em sua visão, há debate contínuo nos EUA relacionado a saber se na interpretação constitucional as cortes devem se influenciar por considerações extraídas do direito natural. A resposta de Fuller é que sim, caso se considere direito natural concernente a procedimentos e instituições, e não a fins substantivos. Em suas palavras, “dentro dessa área [a moralidade interna do direito], a interpretação pode usualmente partir largamente das palavras explícitas da Constituição e ainda restar segura em suas convicções de ser fiel a uma intenção implícita perante a estrutura como um todo de nosso governo”³⁹⁵.

Em um sentido mais amplo, pertinente às fontes do direito, Fuller acredita que muitas das controvérsias da filosofia do direito giram em torno da preferência tácita a uma das modalidades contrapostas, o direito criado e o direito implícito. Exemplo característico da primeira é a lei, que se caracteriza por ser proveniente de determinada fonte humana, promulgada por decisão de um legislador em determinado momento histórico. A forma exemplar da segunda é o costume ou a norma consuetudinária, sendo assim o direito consuetudinário é implícito em duplice sentido, pois não é gestada intelectualmente para ser projetada sobre a conduta que pretende regular, mas é inerente ao comportamento mesmo, além disso os fins perseguidos pela norma jamais afloram em uma enunciação explícita. Em suma, diferenciam-se a partir da concepção de direito inerente às necessidades sociais para outra que sustenta ser o direito um resultado de promulgação deliberada. Fuller, enfim, entende que é possível que ambas as modalidades se afirmem em determinado sistema jurídico, porque, ao fim e ao cabo, resultam de uma decisão coletiva no sentido de regular a vida gregária³⁹⁶.

Nessa perspectiva, é possível dizer que o antipositivismo de Fuller lança, trinta anos antes, bases fundacionais para o que será proposto pelo pós-positivismo nos contextos anglo-saxão e germânico. Porém, parcela da literatura da filosofia do direito o considera apenas como outsider ao que discutido na primeira metade do século XX ou um jusnaturalista que perdeu o debate sobre a conexão entre direito e moral para Hart, um juspositivista e filósofo analítico

³⁹⁴ Ibid., p. 94.

³⁹⁵ Tradução livre. Ibid., p. 102.

³⁹⁶ FULLER, Lon L. **Anatomía del derecho**. Trad. Luis Castro. Caracas: Monte Avila Editores, 1969, p. 80-88.

superior³⁹⁷. Para Porciello, “se Fuller houvesse nascido trinta anos mais tarde e se houvesse proposto suas ideias a partir dos anos 70, com toda probabilidade hoje seria considerado (ao menos na Itália e no âmbito latino em geral) junto a Dworkin, Alexy e Nino, como um expoente do movimento neoconstitucionalista”³⁹⁸.

No debate Hart-Fuller, o norte-americano bem destaca que o direito enquanto uma ordem contém sua própria moralidade implícita, sendo que ele mesmo, o direito, não tem o poder para fazer surgir essa moralidade. Isso porque há uma moralidade externa ao direito no sentido de que “a autoridade para criar o direito deve estar fundada em atitudes morais que lhe atribuem a competência que reclama para si mesmo”³⁹⁹. Por sua vez, a moralidade interna do direito decorre da imperativa aceitação dos regentes de uma norma básica por si editada como a única fonte do direito possível, isto é, “não podemos ter direito enquanto nosso monarca não está disposto a aceitar a moralidade interna do direito mesmo”⁴⁰⁰. Ainda, da própria exposição de Fuller em resposta a Hart, denota-se seu alinhamento ao Radbruch tardio e suas formulações sobre a extrema injustiça. Em suma, é viável sustentar que “entre o projeto de Lon Fuller e o de Ronald Dworkin, entre a proposta de Gustav Radbruch e a de Roberto Alexy não existe realmente uma ruptura ou uma transformação teórico-metodológica”⁴⁰¹.

Com base nessa discussão de filosofia do direito e no conceito de moralidade do direito administrativo proposto por Sunstein e Vermeule em defesa ao conceito de Estado Administrativo e em resposta a originalistas, libertários e democratas que o encaram como uma ameaça ao Estado de Direito (*rule of law*). Em sua obra conjunta, os autores não buscam se repetir e insistir cada qual em sua visão de primeira-ordem, pois, na verdade, procuram entender e abordar as preocupações dos críticos do Estado Administrativo de um ponto de vista interno. Assim, buscam oferecer uma estrutura que possa transcender o debate corrente e provê um quadro de referência unificador capaz de acomodar a variedade de visões a respeito do Estado Administrativo, desde os mais entusiastas até os mais céticos. Nesse sentido, oferecem um

³⁹⁷ RUNDLE, Kristen Ann. “**Forms liberate**”: reclaiming the legal philosophy of Lon L. Fuller. 168 f. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade de Toronto, Toronto, 2009, p. 1.

³⁹⁸ PORCIELLO, Andrea. **En los Orígenes del neoconstitucionalismo: el antipositivismo de Lon L. Fuller**. Trad. Celia Díez Huertas. Lima: Palestra Editores, 2019, p. 23.

³⁹⁹ FULLER, Lon L. El positivismo y la lealtad frente al derecho, una respuesta al professor Hart. HART, Herbert L. A.; FULLER, Lon L. **El debate Hart-Fuller**. Trad. Jorge González Jácome. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2016, p. 116.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 117.

⁴⁰¹ PORCIELLO, Andrea. Op. Cit., p. 29.

conjunto de princípios de ampla aceitação e com aptidão para responder usualmente propostas nesse debate, denominando-o de moralidade do direito administrativo⁴⁰².

Basicamente, Sunstein e Vermeule almejam demonstrar que o Estado administrativo pode ser justificado e aprimorado por intermédio de sua aderência a certos princípios legais, tais como consistência, transparência e a indesejabilidade de regras retroativas. A título exemplificativo, pode-se falar em máximos como “agências devem seguir suas próprias regras”, “a feitura de regras retroativas é desfavorável e precisa ser limitada para prevenir abusos” e “as declarações oficiais da agência sobre direito e política devem ser congruentes com as regras que a agência, de fato, aplica”⁴⁰³. Aplicados esses princípios às práticas administrativas, alegam que as agências executivas conseguem operar em um quadro de referência moral e legal que sustentem o Estado de Direito. Dito de outra forma, caso propriamente constricto por princípios jurídicos, o Estado Administrativo pode tanto se alinhar a valores constitucionais quanto efetivamente promover o bem comum. Com efeito, os autores defendem que preocupações sobre legitimidade e accountability são respondidas pela incorporação de princípios morais ao agir administrativo.

De início, buscam delinear o alvo teórico a que se propõem enfrentar, denominado de “Novo Coke”, em referência a Edward Coke que se notabilizou por sua oposição ao absolutismo de Stuart e simboliza a resistência intelectual a um Poder Executivo sem freios. Na sua vertente contemporânea, Sunstein e Vermeule entendem que a objeção passa a dirigir-se à consolidação de poderes legislativos e executivos imputados às agências. Nessa visão, Justices da Suprema Corte dos EUA, v.g. Clarence Thomas e Neil Gorsuch, já expressaram a intenção de reviver doutrinas como a da não-delegação ou a limitação da deferência judicial às interpretações feitas por agências. Segundo os autores, o moderno Estado Administrativo abrange um compromisso conciliatório entre prevenir abusos do Poder Executivo e promover governança e bem-estar. Assim, documentos jurídicos fundamentais, especialmente a Constituição e a Lei do Procedimento Administrativo (Administrative Procedure Act - APA), apontam para a canalização e regulação da discricionariedade executiva, e não sua eliminação. Na verdade, os teóricos do “Novo Coke” falham ao não perceber que suas proposições levariam a uma mudança de larga escala na organização político-administrativa do Estado, pois o problema seria, em larga medida, o fato de que “o aumento de constrições à discricionariedade

⁴⁰² SUNSTEIN, Cass R.; VERMEUELE, Adrian. **Law & Leviathan: redeeming the Administrative State**. Cambridge: The Belknap Press, 2020, p. 1-10.

⁴⁰³ Ibid., p. 9.

administrativa, na prática, levaria ao incremento de discricionariedade judicial permitindo que os valores políticos dos juízes desempenhem um papel significativo”⁴⁰⁴.

Em contraposição teórica, Sunstein e Vermeule apresentam nos capítulos seguintes da obra o que consideram a moralidade interna do direito administrativo. De início, compreendem que o quadro referencial para entender o Estado Administrativo ancora-se num conjunto de princípios procedimentais. Esse não serviria apenas para constranger a ação administrativa, dado que também são componentes essenciais para o funcionamento efetivo e legítimo do direito administrativo. Assim, na esteira das proposições de Fuller, a aderência das ações governamentais a elas preveniria agências de se engajarem em tomadas de decisão arbitrárias ou ad hoc. Nesses termos, as diretrizes judiciais com inspiração em Fuller ajudam e melhoram o sistema administrativo, ao promoverem previsibilidade, transparência e equidade. Assim, os autores argumentam que “o entendimento da moralidade do direito administrativo ajuda a unificar um espectro díspar de doutrinas judiciais e, talvez, até mesmo o campo como um todo”⁴⁰⁵. Além disso, as orientações possibilitam que as agências operem dentro de uma moldura consistente com o Estado de Direito. Sendo assim, lido por essas lentes o direito administrativo norte-americano, ressaltam aos olhos as precondições da generalidade, da congruência e da não retroatividade na qualidade de fatores balizadores do Estado Administrativo.

Ato contínuo, identificam na constância e na confiabilidade outro elemento da moralidade em questão, pois somente a partir da estabilidade e da previsibilidade no direito se pode conceber indivíduos e organizações capazes de planejar suas atividades sem medo de modificações governamentais arbitrárias ou imprevisíveis. Sunstein e Vermeule identificam ilustrações dessa posição, seja no princípio haurido do caso *Arizona Grocery*, segundo o qual as agências devem seguir suas próprias regras, até que sejam oficialmente revogadas ou alteradas, seja na deferência *Auer* que se relaciona ao modo pelo qual as Cortes prestam deferência às interpretações das agências sobre seus próprios atos regulatórios.

Na leitura efetuadas pelos autores do repertório jurisprudencial da Suprema Corte, a inconsistência temporal de interpretações é especialmente problemática no âmbito de um arranjo *Auer*, em função de razões atinentes à arbitrariedade, vagueza e confiabilidade das agências. Nessa linha, encontra-se no rechaço à alterações interpretativas sub *silentio* ecos do postulado fulleriano da transparência. Em suma, o papel do Poder Judiciário tende a ser

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 37.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 42.

assegurar que o direito administrativo permaneça estável, justo e alinhado com a moralidade interna do direito, mesmo diante de pressões externas e mudanças nas administrações.

Em consonância ao pensamento de Sunstein e Vermeule, as principais objeções à ideia de moralidade interna do direito administrativo são de três ordens. A primeira diz respeito à sua potencial ausência de embasamento suficiente em fontes jurídicas. A segunda consiste na realização de complexos trade-offs entre valores do Estado de Direito e alternativas axiológicas. A terceira refere-se à potencial falta de competência jurisdicional para fiscalizar as decisões das agências sobre esses trade-offs⁴⁰⁶. Ao reconhecer a validade das objeções, os autores concluem que “os princípios fullerianos, embora válidos e apelativos, possuem seus limites tanto em escopo quanto em peso. Eles inevitavelmente devem ser balanceados entre o papel institucional e as capacidades da agência, limitações de recursos e objetivos programáticos”⁴⁰⁷.

Sendo assim, demonstra-se hialino que os objetivos dos autores consistem em identificar o que é a moralidade do direito administrativo e demonstrar como doutrinas judiciais distintas são unificadas por um compromisso a essa moralidade. Nas palavras de Sunstein e Vermeule, o quadro geral pode ser assim pintado:

Nós sugerimos que muitas das críticas contemporâneas ao estado administrativo podem ser vistas como oferecimento de objeções do Estado de Direito - indicando que agências estão violando um ou mais dos oito princípios de Fuller. Entendendo essas objeções nesse sentido coloca os críticos e seus argumentos na melhor luz possível. Ao mesmo tempo, alegamos em prol de cuidado na celebração do uso judicial desses princípios, não só pela ausência de fundamentos legais claros, mas também porque o domínio da moralidade do direito é intrinsecamente limitada, e porque agências podem razoavelmente escolher se comprometerem com os princípios de Fuller, mesmo onde eles são aplicáveis. O direito corrente reconhece as virtudes e os limites da moralidade interna do direito administrativo⁴⁰⁸.

Por conseguinte, a partir de análise do repertório jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, Sunstein e Vermeule defendem que o órgão judicial tem convergido às suas proposições pertinentes à moralidade interna do direito administrativo. Isso porque se trata de uma abordagem que acomoda macro-visões do Estado Administrativo. A esse empreendimento os autores denominam de salvaguardas procedimentais desenvolvidas pela Suprema Corte. Na visão daquelas, esta tem demonstrado relutância em reviver debates próprios dos anos 1930, como a doutrina da não-delegação, uma vez que a Corte Roberts tem

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 95.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 104.

reafirmado doutrinas a exemplo da deferência Auer ou Chevron, mesmo que com significativas limitações e diretrizes.

Nesse sentido, a Suprema Corte tem envidado esforços para equacionar a autoridade do Estado Administrativo com os princípios da moralidade interna do direito, mediante enfoque às salvaguardas procedimentais e argumentação consistente na tomada de decisões pelas agências. Dito de outra forma, o Tribunal tem optado por essas garantias em prol do reforço de valores do Estado de Direito de maneira a guiar e restringir o poder administrativo, sem, no entanto, invalidá-lo. Para Sunstein e Vermeule, isso significa a priorização de uma abordagem fulleriana e pragmática voltada a preconizar clareza, razoabilidade e consistência no agir administrativo.

Na leitura que fazem da jurisprudência administrativa da Corte, “o ponto principal, para nossos propósitos, é que desde 1935, a maioria da Suprema Corte nunca se inclinou a perseguir uma estratégia de invalidação direta de delegações às agências em bases constitucionais”⁴⁰⁹. Na verdade, o Tribunal tem desenvolvido estratégias para canalizar e formatar o exercício da autoridade administrativa, o que significa desenvolver salvaguardas baseadas nos princípios de Fuller. Noutras palavras, “a abordagem de salvaguardas, nas quais agências gozam de autoridade expansiva, mas a autoridade é moldada e constrangida pela moralidade interna do direito administrativo”⁴¹⁰.

Além disso, destacam que a observância aos princípios se expressa em uma escala ou espectro, ao invés de uma escolha binária. Assim, fora dos quadros contextuais em que o direito exige um escrutínio escrito sobre a justificação para agir das agências, as agências possuem ampla margem de conformação para oferecer justificações plausíveis que são legalmente vinculantes. Em síntese, ao invés intencionar conferir um escrutínio estrito às escolhas regulatórias das agências, a Suprema Corte tende a agir no sentido de assegurar tão-somente condições mínimas por meio das quais a legalidade das ações da agência é observada⁴¹¹.

Por fim, o fio condutor da proposição teórica de Sunstein e Vermeule é exposta pelos próprios nos seguintes termos:

Nossa alegação central aqui tem sido que, na melhor das hipóteses, o direito administrativo americano possui sua própria moralidade interna, um reflexo da moralidade interna do direito. Essa moralidade interna abraça muitas das

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 124.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 138.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 138-141.

preocupações e objeções daqueles que são profundamente céticos ao estado administrativo. Ela empondera, mas também canaliza autoridade administrativa, não pela abolição de agências e, sim, pela insistência em um conjunto de princípios enquanto ordem racional que ajuda promover o bem comum. Ela oferece salvaguardas - não invalidação constitucional, mas controles e limites que promovem fidelidade ao direito e chamam à justificação por razões. Crucialmente, esses, simultaneamente, moldam e legitimam o estado administrativo, ajudando a fazer a ação da agência eficaz, não como um comando arbitrário, mas, sim, enquanto direito.

(...)

O resultado é a face de Janus: os princípios da moralidade interna do direito administrativo, ao mesmo tempo, empodera e constringe o estado administrativo⁴¹².

Em síntese, é viável dizer que a adoção dos princípios da moralidade interna do direito administrativo nas formulações de Sunstein e Vermeule, com base em Fuller, representam caminho produtivo e pragmático para estabelecer parâmetros para o controle judicial dos atos regulatórios, sobretudo em matéria de direito sanitário. Nesse sentido, é inconteste a importância do constitutivo e prolongado eixo de discussões sobre qual dos poderes republicanos deve desempenhar a primazia na definição dos sentidos do texto constitucional, especialmente em matéria regulatória. Nada obstante, para os fins desta tese, pode-se tomar os aportes teóricos de Dworkin, Waldron e Vermeule na condição de panorama referencial de fundo diante do qual se operacionaliza, quanto ao objeto da pesquisa, a chave analítica do neoconstitucionalismo complementada pelos princípios da moralidade interna do direito administrativo e modelos dialógicos de interação interpretativa entre os poderes republicanos na seara de escolhas regulatórias.

2.4.7 A centralidade do Povo e o textualismo na interpretação de estatutos legislativos em Antonin Scalia

Pode ser creditado a Antonin Scalia uma alteração profunda no modo de conceber a interpretação de estatutos e da própria Constituição norte-americana, seja pela pujança de suas ideias, seja pela sua condição por décadas de *Associate Justice* da Suprema Corte dos EUA. Ademais, em relação às distinções dos debates travados alhures e aqui, na experiência brasileira, Jardim bem explicita que “quando se estuda a interpretação da Constituição nos manuais de Direito Constitucional brasileiros, é raro identificar um autor que sustente a prevalência de um determinado método de interpretação constitucional”, ao passo que “nos EUA, porém, o debate em torno do tema tem sido travado em termos distintos”⁴¹³

⁴¹² *Ibid.*, p. 143-144.

⁴¹³ JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. **A doutrina da living constitution segundo a ótica de David Strauss e o julgamento da reclamação n. 11.243 e da petição avulsa na extradição n. 1.085 pelo STF (caso Cesare**

Por trás da defesa ao originalismo e ao textualismo, remanescem críticas a dois fenômenos correlatos, mas distintos, na ambiência norte-americana do século XX, a obsessão pelo *expert* e a figura do juiz moralista. Nas palavras de Scalia, “a chave para um governo efetivo, pensava-se, era retirar a direção das agências governamentais das mãos dos políticos, e colocá-las sob o controle de homens experientes e conhecedores dos diversos campos da regulação governamental”⁴¹⁴. Nesse sentido, imaginou-se que a gestão da economia deveria ser feita por experts, e não políticos, criando-se o que ficou conhecido como o Quarto Poder sem-cabeça do governo norte-americano.

Assim, em sua visão, o projeto mostrou-se um grande fracasso por duas razões. A primeira é que muitas matérias decididas por agências governamentais, inclusive em questões aparentemente técnicas como telecomunicações, não comportavam respostas binárias certo ou errado passível de descobrimento pelos experts, haja vista que envolviam preferências sociais as quais só podem ser expressas pelo processo político em ambiente democrático. A segunda razão para a falha do projeto de agências independentes reside na impossibilidade de retirar a política (*politics*) das decisões sobre política pública (*policy*). A gravidade do poder somente deslocou-se do Presidente eleito para o Congresso eleito, logo “as agências regulatórias independentes se tornaram cada vez mais subservientes à diretivas dos comitês do Congresso responsáveis por seus orçamentos e controle”⁴¹⁵.

Consoante ao pensamento do autor, ao final do século XX, as agências reguladoras não estariam mais em moda nos EUA ou no mundo, porém, em seu lugar, instalara-se o juiz moralista, por sua vez responsável por resolver profundos desacordos morais mediante suas decisões. A crítica de Scalia mantém-se, porque querelas sobre moralidade básica ou direitos humanos também não comportam respostas binárias. Assim, “como uma questão de teoria democrática, não há melhor razão para retirar essas questões do povo em comparação aos temas de política econômica, porque não há um expert moral para respondê-las”⁴¹⁶. Por conseguinte, para Scalia, é o povo quem deve possuir o direito de definir a visão do governo ou determinada posição acerca de assuntos morais básicos. Não cabe em uma sociedade democrática a juízes não eleitos responderem perguntas morais.

Battisti). 2012. 162f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012, p. 16-17.

⁴¹⁴ SCALIA, Antonin. Judges as mullahs. SCALIA, Antonin. **Scalia speaks: reflections on Law, Faith, and Life well lived**. Editado por Christopher J. Scalia e Edward Whelan. Nova York: Crown Forum, 2017, p. 260.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 261.

⁴¹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

O autor explica que o surgimento do juiz moralista decorreria de tendência contemporânea de tornar abstrata a moral, o que explica o fato de os juízes não terem sido considerados até então árbitros de questões morais. Havia a compreensão de que a lei e seu significado eram estáticos. Porém, a Suprema Corte dos EUA teria inventado a noção de “constituição viva”, alterando o quadro na segunda metade do século XX. Com base nela, desenvolveu-se uma doutrina segundo a qual o significado da Constituição mudaria ao longo do tempo, de modo a comportar padrões evolutivos de decência e marcar o progresso de uma sociedade madura. Assim, instaurou-se um estado de hegemonia judicial, dado que seriam os juízes em geral e os *Justices* da SCOTUS em específico que determinariam quando essa evolução aconteceu e quanto a evolução equivale a progresso.

Em síntese, o questionamento de Scalia refere-se à sanidade de decisões baseadas em valor e destinadas a toda a sociedade serem tomadas por juízes não eleitos. Os juízes se ressentiriam de especial qualificação para lidar com questões de alta voltagem moral, afinal a forma clássica da prestação jurisdicional envolveria a recitação de fatos, o andamento processual do caso, as disposições legais relevantes e a análise da corte sobre a controvérsia. Sendo assim, conclui que “assim como os experts científicos não estavam qualificados para dar às pessoas respostas para muitas dos juízos de política inerentes à regulação econômica, os juízos também não estariam qualificados para dar às pessoas respostas sobre questões morais inerentes a qualquer asserção *a priori* de direitos humanos”⁴¹⁷. A consequência dessa ascensão do juiz moralista seria a politização do Judiciário, cujo exemplo mais luminoso é a indicação de juízes para Tribunais, especialmente o *Justice* da SCOTUS.

A lição é que em uma sociedade verdadeiramente democrático – ou ao menos em uma na América – de um modo ou de outro o povo terá sua palavra sobre os assuntos significativos de política social. Se os juízes estão rotineiramente provendo respostas definitivas para as questões morais da sociedade que possuem amplo espaço para debate - ao invés de meramente determinar o sentido, quando promulgados, de textos adotados democraticamente -, então os juízes se tornaram obrigados a responder politicamente. O povo, por meio de seus representantes o Presidente e o Senado, não irão mais selecionar candidatos para os Tribunais de acordo com critérios tradicionais – habilidade legal, integridade, temperamento judicial, etc. Essas qualidades são todas boas, mas não são mais a coisa mais importante que procuramos. Nós devemos procurar por pessoas que concordem conosco sobre o que a Constituição anualmente revisitada deveria dizer⁴¹⁸.

Nessa ordem de ideias, constata-se uma crítica de matiz democrática à vigente conformação do sistema de pesos e contrapesos norte-americano, tendo em conta que melhor

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 266.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 268.

seria conceber o Estado de Direito como um Direito de regras (“The Rule of Law as a Law of Rules”). Na concepção de Scalia haveria uma dicotomia entre o “estado de direito geral” e a “discrição pessoal para realizar justiça”. Caberia ao Poder mais responsivo à povo, o Legislativo, estabelecer aquele, logo o Executivo e o Judiciário lidariam com casos individuais, enquanto a legislatura generalizaria. Porém, em um sistema de *common-law* como o norte-americano, existiria ainda “o direito feito pelos tribunais”. Isso porque os juízes não estariam vinculados apenas aos textos dos códigos ou da Constituição, mas também às decisões pretéritas das Cortes Superiores, assim as cortes teriam a capacidade de criar o Direito tanto no resultado de uma decisão quanto no modo de análise aplicável aos tribunais inferiores. Ao escolher realizar essa criação baseada em princípios ou específica a determinados fatos, a corte terminaria por estabelecer regras gerais ou conferir ampla discrição para o futuro⁴¹⁹.

Nesse contexto, a discrição conferida no *common-law* não caberia a um sistema legal no qual a Suprema Corte tem capacidade para revisar apenas uma proporção insignificante dos casos decididos pelo sistema de Justiça. Logo, há um sacrifício da uniformidade, ao passo que haveria a promoção da previsibilidade nos exatos limites da criação do Direito por juízes, os quais seriam autocontidos, isto é, criariam o mínimo possível de Direito para decidir o caso à sua frente, sem comprometer-se demasiadamente no futuro. Logo, a crítica pautada no ideal de Estado de Direito vai no sentido de que se é possível ao juiz estabelecer regras gerais, quando não haja ancoragem textual ou uma norma social consolidada, o pronunciamento judicial pareceria desconfortavelmente como uma legislação.

No pensamento de Scalia, tendo em vista que questão de frente seja uma defesa enfática do textualismo e do originalismo como os métodos mais adequados de interpretação jurídico no sistema constitucional norte-americano, o tema de fundo é o funcionamento de ambas as teorias como mecanismos de responsabilidade democrática. Assim, sua crítica à noção de “Constituição viva” (*living constitution*) ou à interpretação baseada na intenção subjetiva do legislador reside exatamente na transferência do poder de decisão dos representantes eleitos do povo para juízes não eleitos⁴²⁰.

Para o autor, um governo de leis, e não de homens, exigiria que a lei signifique o que o texto expressa e que este seja estático, descabendo realizar especulações sobre o que o legislador pretendeu em particular ou o que os juízes considerem posteriormente mais sábio ou justo. Aprovado mediante um processo democrático e disponível publicamente, o texto da lei

⁴¹⁹ SCALIA, Antonin. **The essential Scalia: on the Constitution, the Courts, and the Rule of Law**. Editada por Jeffrey S. Sutton e Edward Whelan. Nova York: Crown Forum, 2020, p. 5-6.

⁴²⁰ SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1997.

representa a vontade do povo, de modo que viola o Estado de Direito a argumentação de juízes pela necessidade de ajuste do significado da norma à luz de valores morais ou políticos contemporâneos, dado que esses agentes não eleitos terminariam por substituir a vontade do Povo.

Ao limitar o papel dos juízes ao texto promulgado, os métodos do textualismo e do originalismo assegurariam que as decisões de política pública, inclusive as derivadas da arena regulatória, permanecessem dentro da esfera da deliberação política. Originalismo e textualismo são nomes diferentes para a aplicação dos mesmos princípios interpretativos a distintos contextos, pois o primeiro refere-se à interpretação constitucional, enquanto o seguindo, a interpretação de estatutos. De um lado, os “originalistas acreditam que as disposições da Constituição possuem um significado fixo, que não muda (exceto por emendas constitucionais): elas significam hoje o que significavam quando foram adotadas, nada a mais e nada a menos”⁴²¹. De outro lado, para ser um textualista em bom termo, “alguém deve apenas ter a crença que juízes não possuem autoridade para perseguir propósitos amplos ou escrever novas leis (...) as palavras possuem um espectro limitado de significados e nenhuma interpretação que vai além desse espectro é permissível”⁴²².

No que toca ao controle judicial das decisões regulatórias, por ilustração, deve-se à sua persistência e verve a ascensão da doutrina *Chrevron*, e não ao relator do precedente, o *Justice John Stevens*⁴²³. Referida doutrina consiste em teste de duas etapas que fornece um padrão decisões de revisão judicial para determinar se uma agência administrativa interpretou corretamente o estatuto sob o qual opera. Primeiro, o tribunal deve considerar se o Congresso forneceu uma resposta “clara” e “inequívoca” sobre a questão. Caso responda positivamente, deve aplicar esse entendimento. Segundo, caso o estatuto não forneça uma resposta clara, sendo ambíguo ou omissivo, então o tribunal deve respeitar a interpretação conferida pela agência, desde que seja razoável.

A interpretação de Scalia é original e coerente com sua filosofia judicial, dado que *Chevron* se insere dentro de uma abordagem mais ampla de legitimidade democrática e de competência institucional. Assim, o que justifica a doutrina criada pela Suprema Corte é mais a afirmação da supremacia legislativa e da responsabilidade política dos Poderes eleitos e

⁴²¹ SCALIA, Antonin. **The essential Scalia: on the Constitution, the Courts, and the Rule of Law**. Editado por Jeffrey S. Sutton e Edward Whelan. Nova York: Crown Forum, 2020, p. 12.

⁴²² SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 23-24.

⁴²³ MERRILL, Thomas W. **The Chevron doctrine: its rise and fall, and the future of the administrative state**. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 2022, p. 87-97.

menos uma suposta abdicação judicial em favor das agências, tendo em vista que o papel do Judiciário torna-se assegurar a fidelidade ao desenho legislativo das políticas públicas.

Na visão do autor, não se fundamenta a deferência judicial na expertise técnica do Regulador, porque esta não infirma o dever constitucional dos tribunais de interpretar o Direito. A razão reside na intenção presumida do Congresso de conferir discricionariedade interpretativa ao Poder Executivo, sob a justificativa de que quando aquele promulga uma lei dotada de ambiguidade, essa deve ser compreendida como uma delegação de autoridade interpretativa à agência executiva responsável por aplicá-la. Nas palavras de Scalia, uma ambiguidade em uma legislação, cuja implementação é confiada a uma agência, pode significar um de dois desejos do Congresso: ou se pretendia um resultado específico, mas não houve clareza sobre isso, ou não havia intenção específica sobre o assunto, mas se intencionava deixar sua resolução para a agência⁴²⁴.

Em conclusão, a doutrina *Chevron* estabelece uma regra clara, segundo a qual quando uma disposição legal admite diversas interpretações, cabe à agência encarregada de implementá-la escolher um dentre elas. Por sua vez, os tribunais apenas poderiam intervir nessa escolha, quando restasse patente a intenção do Congresso ou a interpretação adotada pela agência não se mostrasse razoável. Essa ordem de coisas seria mais adequada no sistema de freios e contrapesos norte-americano, à luz da vontade popular, porque os reguladores estariam mais sujeitos a terem suas escolhas vinculadas a mecanismos democráticos. A deferência, portanto, permite que o Executivo ajuste regulações às condições econômicas e sociais em transformação, preservando um grau de flexibilidade essencial à governança contemporânea.

Duas décadas depois, Scalia retorna, em sede doutrinária, a afirmar as virtudes da doutrina *Chevron*, principalmente a partir de crítica à decisão lograda pela Suprema Corte dos EUA em *United States v. Mead Corp* (2001). De acordo com o autor, a doutrina em tela não criou realmente uma teoria nova, mas sim consolidou entendimento pré-existente. A inovação teria sido transformar aquilo que era uma análise judicial caso a caso em uma presunção uniforme e clara na forma de uma regra, segundo a qual a ambiguidade legislativa implica opção pela discricionariedade administrativa⁴²⁵.

Assim, a força de *Chevron* residiria justamente em canalizar a autocontenção judicial e assegurar que as instituições politicamente responsáveis, e não os tribunais, sejam as

⁴²⁴ SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, v. 1989, n. 3, p. 511-521, jun. 1989, p. 516.

⁴²⁵ SCALIA, Antonin. Remarks by the Honorable Antonin Scalia for the 25th anniversary of *Chevron v. NRDC*. **Administrative Law Review**, v. 66, n. 2, p. 243-251, mar./jun. 2014.

encarregadas de resolver as questões de política pública. Por sua vez, *Mead* reintroduziria uma abordagem judicial caustica e baseada em padrões decisórios flexíveis (*standars*), ao invés de regras (*rules*). Dito de forma direta, em vez de uma regra simples que reflete a competência institucional e o desenho constitucional do Congresso, Mead substitui o modelo por um padrão aberto fincado na “totalidade das circunstâncias”, convertendo a revisão judicial das escolhas regulatórias em um exercício imprevisível e sujeito à subjetividade judicial.

Recentemente, em 2024 e já com Scalia ausente da Suprema Corte, houve uma virada do entendimento externado em *Chevron*, precisamente nos casos *Relentless v. Department of Commerce* e *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, para se consignar que os tribunais devem usar seu próprio julgamento jurídico independente para interpretar estatutos federais, mesmo que sejam ambíguos, em vez de simplesmente aceitar a posição da agência.

A decisão certamente contaria com acerbas críticas de Scalia já que repelia a proliferação de doutrinas criadas judicialmente e à elasticidade interpretativa das leis refere-se à previsibilidade do Estado de Direito e à legitimidade democrática da ação estatal. Assim, sua crença possui direta e relevante aplicação no que diz respeito ao Estado Regulador, pois sua filosofia constitucional representa uma defesa da primazia do povo na formação da vontade do ente estatal. Com base nela, busca-se preservar o papel central do povo na formulação da política econômica e impede que o Judiciário se converta em um regulador não eleito da vida nacional.

2.5 Diretrizes para o controle judicial das interpretações de agências e das escolhas regulatórias

Após a compreensão da construção e da consolidação do modelo do Estado Administrativo, bem como o relacionamento entre a função regulatória da administração pública em relação a categorias basilares do constitucionalismo, especialmente o Estado de Direito, a separação dos poderes e os diálogos institucionais, torna-se imperativo formular um quadro de parâmetros vocacionados a orientar dos magistrados até as Cortes Superiores no que diz respeito ao controle judicial das interpretações do ordenamento setorial fornecidas pelas agências reguladoras e das escolhas regulatórias.

Nesse sentido, impende teorizar sobre diretrizes gerais que apontem o caminho institucionalmente mais adequado para o bom desenvolvimento do Estado Regulatório brasileiro em matéria sanitária. Com efeito, a partir da imaginação institucional a seguir desenvolvida, espera-se empregar o arcabouço conceitual logrado na qualidade de parâmetro

de correção procedimental e substantivo da conduta estatal no que tange à regulação de ações e serviços em saúde.

Com amparo na discussão promovida diante do Estado Administrativo norte-americano, é relevante destacar os padrões de deferência judicial às interpretações conferidas pelas agências reguladoras, de maneira a identificar categorias teóricas e patâmetros de controle que possam inspirar o modelo brasileiro.

O primeiro denominador comum é a constatação de tensão permanente tanto nos EUA quanto no Brasil em relação a dois riscos opostos. De um lado, deve-se evitar que a ampliação demasiada do controle judicial suprima o espaço de discricionariedade técnica de órgãos reguladores. De outro lado, revela-se inadequado uma burocracia com autonomia desmedida, o que pode comprometer a legitimidade democrática da ação governamental ou o próprio equilíbrio entre os Poderes republicanos. Nessa linha, à luz da experiência norte-americana, o caminho não parece ser a abdicação do controle judicial em nome de uma primazia técnica do Estado Regulatório, mas sim a construção de padrões objetivos pelos quais se guiará a prestação jurisdicional que assegurem racionalidade decisória, deferência técnica e separação funcional de poderes.

Ademais, cuida-se de um dado inafastável a premência da responsabilidade política e democrática dos agentes públicos, desde os reguladores até os juízes. Conforme bem anotado por Scalia, a expertise ou a moralidade abstrata não retiram da regulação econômica e das políticas públicas o caráter essencialmente político.

As escolhas regulatórias, mesmo quando baseadas em discricionariedade técnica, são caracterizadas por deliberação política. Portanto, são inicialmente confiadas a instituições investidas de legitimidade representativa. Alternativas relevantes em variações dessa resposta intuitiva — seja por delegação legislativa à agência, seja pela substituição do poder Legislativo ou Executivo pela ação controladora do Judiciário — suscitam a complexa questão da adequação da estrutura institucional substituta para formular esse mesmo juízo discricionário. Essa é a questão central nos precedentes examinados e no debate em curso no Brasil a respeito do controle judicial das escolhas regulatórias⁴²⁶.

Sendo assim, aos moldes do que proposto por Sunstein e Vermeule, também se revela necessário pensar nas funções do Poder Judiciário na seara regulatória de acordo com as salvaguardas administrativas extraídas da moralidade intrínseca a esse ramo do Direito.

⁴²⁶ Tradução livre. VALLE, Vanice Regina Lirio do. Judicial deference to agency regulation: what can we learn with the US Supreme Court applicable standards. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 137-164, mai./ago. 2021, p. 159.

2.5.1 Salvaguarda da autoridade técnica das agências e da capacidade dialógica do Judiciário

A primeira delas seria exatamente resguardar a autoridade técnica das agências reguladoras, desde que compatível com o arcabouço constitucional e pautada em dados e evidências. Nesses termos, exige-se do Estado-juiz tolerância e prudência em relação a um pluralismo interpretativo em matéria de regulação econômica, inclusive no que diz respeito aos princípios do SUS⁴²⁷, conquanto se impute ao regulador o múnus de intérprete da Constituição Econômica numa sociedade aberta⁴²⁸.

Por conseguinte, a seminal ideia de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Häberle⁴²⁹ oferece um fundamento normativo e democrático para repensar a atuação dos reguladores e respectivo controle desenvolvido por juízes.

A relevância dessa concepção e da correspondente atuação dos indivíduos ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais, configura uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se em um “elemento objetivo dos direitos fundamentais” (*grundrechtliches Sachelement*). Assume idêntico relevo o papel cointerpretativo do técnico ou expert no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido lato e sentido estrito realiza-se apenas onde ela já está institucionalizada, como nos Tribunais do Trabalho, por parte do empregador e do empregado. Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propicia, aqui, uma mediação específica entre Estado e sociedade!⁴³⁰

Dito de forma direta, em vez de serem vistos como meros executores de políticas ou aplicadores de normas infraconstitucionais, os reguladores participam ativamente do processo constitucional, traduzindo princípios constitucionais em regras técnicas e políticas públicas. Assim, a regulação é uma forma institucionalizada de hermenêutica constitucional. O regulador é, por excelência, um “intérprete funcional” da Constituição democrática, enquanto o Judiciário deve atuar como garantidor do diálogo constitucional, e não como seu monopolizador.

⁴²⁷ BRUSCO, Ana Beatriz. **Uma trajetória virtuosa para o direito à saúde: interpretando institucionalmente os princípios do SUS**. 156 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2024.

⁴²⁸ BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. **Constituição econômica e a sociedade aberta dos intérpretes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

⁴²⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997.

⁴³⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. **Direito Público**, [S. l.], v. 11, n. 60, p. 25–50, 2015, p. 29.

Segundo Häberle, a Constituição não pertence a um círculo fechado de intérpretes, mas, na verdade, constitui-se em um processo público e plural, passível de contínua atualização pela atuação de todos que a vivenciam, desde cidadãos a instituições públicas. Nesse diapasão, o regulador participa ativamente da hermenêutica constitucional, uma vez que ao formular políticas e editar atos regulatórios converte princípios constitucionais em padrões técnicos e regras concretas de conduta aos regulados.

Por consequência, a legitimidade dessa atuação não deriva do formalismo atinente ao mandato legal, mas exige um modo específico de condução do processo regulatório que se abre ao debate público. Procedimentos de consulta, transparência e deliberação coletiva realizam o ideal häberleano de uma interpretação constitucional participativa e procedimental. O regulador, então, traduz o texto constitucional em escolhas regulatórias que refletem o pluralismo social e científico característico da democracia contemporânea.

Nessa perspectiva, imputa-se ao Poder Judiciário um papel de mediador do processo interpretativo, sendo necessário que o controle judicial dos atos regulatórios se apresente deferente e dialógico. Ao magistrado compete verificar a razoabilidade, a coerência e a fidelidade constitucional das decisões regulatórias, sem substituir o juízo técnico-administrativo do regulador por um juízo próprio.

Noutro giro, atribui-se às agências reguladoras um espaço hermenêutico essencial, dado que devem ser mediadoras entre o saber técnico e os valores constitucionais. Ao exercerem sua função normativa, contribuem para a concretização dinâmica da Constituição, demonstrando que interpretar é também administrar, planejar e regular. Nesse sentido, a regulação constitui expressão prática da sociedade aberta dos intérpretes e instrumento de atualização contínua do pacto constitucional.

2.5.2 Salvaguarda do espaço institucional da função estatal regulatória

É possível articular como segunda salvaguarda referente à preservação do espaço institucional da função regulatória, tratando-se de uma decorrência necessária da separação dos poderes diante do Estado Constitucional e da Administração Pública Complexa.

Conforme tratado na subseção 1.5. desta tese, existe um dever estatal de regular ações e serviços em saúde, o que demanda, à luz da Constituição Econômica brasileira, a aplicação do conceito de Estado Regulatório no âmbito do direito sanitário. O art. 174 da Constituição de 1988 reconhece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, ao passo que os arts. 196 a 200 dispõem que a saúde é direito de todos e dever do Estado, cuja efetivação

se dá mediante políticas sociais e econômicas. A conjugação desses dispositivos revela que regular é um dever jurídico-constitucional, não mera faculdade administrativa.

Ademais, a dinâmica atual do Estado Administrativo pátrio justifica-se pela concretização de direitos fundamentais, como o direito à saúde. Esse objetivo não depende apenas da existência de disposições programática e dirigentes, mas também do exercício empírico de funções estatais ativas e contínuas de regulação, fiscalização e controle. Nesse sentido, cuida-se de uma atividade administrativa vinculada à Constituição, por isso é informada pelos princípios constitucionais da administração pública. Como observa Azevedo Marques⁴³¹, a regulação traduz uma modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico e social, destinada ao equilíbrio de interesses e à realização de finalidades públicas. Logo, eventual omissão da autoridade reguladora compromete a própria normatividade do direito fundamental à saúde, havendo, a esse propósito, um dever positivo de regular.

A ordem de argumentos possui diretas consequências na lógica de separação dos poderes vigente. Defende-se que o espaço institucional da regulação deve ser preservado como uma forma de expressão da autonomia funcional do Executivo no Estado contemporâneo. Em síntese, a operação da salvaguarda do espaço regulatório significa a garantia de que as instâncias técnicas do Poder Executivo disponham de margem legítima de conformação para exercerem o dever-poder de regular. Desse modo, não compete ao Legislativo ou ao Judiciário substituir indevidamente o juízo técnico-administrativo por um juízo legislativo ou judicial de conveniência segundo suas próprias gramáticas.

Nesses termos, o dever de regular só pode ser cumprido em sua plenitude se houver proteção do espaço institucional da regulação contra interferências indevidas, inclusive as oriundas do Poder Judiciário. Ao exercer o controle de juridicidade das escolhas regulatórias, o Estado-juiz deve ater-se à análise de racionalidade, coerência, transparência e adequação aos princípios constitucionais, abstendo-se de substituir o mérito técnico do regulador. Então, existindo um dever imposto pela ordem constitucional aos reguladores no sentido de proteger, promover e restaurar a saúde, haverá também exigência imposta aos demais poderes republicanos no sentido de reconhecer e respeitar o espaço técnico necessário ao ofício daqueles. Entende-se que, justamente nesse equilíbrio, reside o núcleo do diálogo institucional regulatório.

⁴³¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

Trata-se de decorrência do princípio da separação dos poderes, conforme longamente tratado na subseção 2.2. deste capítulo. Afinal, sua realização demanda não apenas a divisão organizacional e funcional em direção horizontal, mas também envolve relações de reciprocidade funcional e a proibição de usurpação entre órgãos. No Estado Constitucional contemporâneo, em que a produção normativa se distribui entre múltiplas instâncias decisórias, a autonomia dos reguladores torna-se expressão dessa divisão funcional, ao passo que o controle judicial e social configura os contrapesos necessários à preservação do equilíbrio interinstitucional. Conforme bem defendido por Scalia, a deferência judicial às escolhas regulatórias consoantes à arquitetura axiológica-normativa da Constituição não se traduz em mera abdicação de controle, haja vista que corresponde a mecanismo de respeito à separação dos poderes.

Nesse sentido, conforme posto por Werneck e Pereira, a alocação de autoridade como decorrência do modelo de separação de poderes erigido especificamente pela Constituição de 1988 não se confunde com expressão de deferência judicial. Trata-se de pergunta prévia.

O que se discute aqui é a diferença entre duas posturas fundamentalmente diferentes quanto a como tribunais se comportam no exercício do controle de constitucionalidade de atos de outros poderes conforme eles levem a sério ou não a ideia de que a Constituição, ao estabelecer diferentes competências, cria espaços para que outros poderes que não o Judiciário sejam os intérpretes finais quanto à melhor interpretação da Constituição – mesmo quando o Tribunal Constitucional discorda dessa interpretação.

Não se trata, aqui, de uma discussão sobre deferência aos outros poderes. Quando se fala de deferência, a imagem é a de um Judiciário que, diante de uma questão que esteja sobre sua competência, na ausência de uma regra específica que regule a situação, não intervenha sobrepondo sua decisão à de outro poder. Ou seja, sendo a questão controvertida, a deferência orientaria uma atitude de respeito pelas opções do Legislativo ou do Executivo. Não é esse, no entanto, o tema deste artigo. O que se discute é a ideia de que, independentemente do que a Constituição diga substantivamente sobre determinada questão, diante do fato de que as competências também são estabelecidas pela Constituição, deixar de se perguntar “quem tem autoridade para decidir” é mais do que uma postura “ativista”, é desrespeito às regras constitucionais⁴³².

No tangente às relações de reciprocidade funcional e à proibição de usurpação de competências entre órgãos públicos, percebe-se que a deferência judicial traduzida na salvaguarda à higidez do ambiente regulatório representa um instrumento de autocontenção judicial. A um só tempo, espera-se evitar o imperialismo do direito em relação ao espaço técnico e multidisciplinar, assim como disciplinar o exercício da autoridade administrativa na regulação

⁴³² ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no Direito Constitucional Brasileiro? LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 120-121.

econômica e social. Referida relação comporá um equilíbrio dinâmico, pois quanto mais aberto, participativo e motivado for o processo regulatório, maior deve ser a deferência judicial. O critério de legitimidade, portanto, é procedimental e epistêmico, fundado na qualidade da deliberação e na consistência das razões públicas apresentadas.

Diante da imperatividade da assunção pela Administração Pública de papel ativo na concretização das políticas públicas de caráter econômico ou social e na normatização de setores do direito sanitário, o exercício da função regulatória pressupõe decisões técnicas baseadas em dados e evidências, devendo, então, o *locus* do espaço institucional do saber especializado ser respeitado no processo de controle judicial. Dito de forma direta, compete ao Judiciário assegurar a conformidade constitucional e a proteção dos direitos fundamentais das ações governamentais, não a reavaliação de escolhas técnicas legítimas.

2.5.3 Salvaguarda do devido processo legal

A terceira salvaguarda proposta refere-se à observância em sua plenitude do devido processo legal. Compreendida de modo ampliado, o ideal normativo não se esgota nas dimensões procedimentais e substantivas, nada obstante sejam relevantes. Segundo Tavares, cuida-se de garantias previstas juridicamente que revelam um justo modo de produção do Direito⁴³³.

No Brasil, sem adentrar em minucioso histórico monogenético⁴³⁴, o devido processo legal foi incorporado como garantia constitucional fundamental, prevista no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição de 1988, segundo os dizeres de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse sentido, conforme visto na subseção 1.4. desta tese, o ditame constitucional corresponde em um compromisso estatal e social com uma dupla dimensão do princípio: a subjetiva, que protege o indivíduo contra abusos e arbitrariedades; e a objetiva, que estabelece uma ordem de valores. Assim, o devido processo legal não se limita ao campo processual, dado que explicita parâmetro de legitimidade e racionalidade do agir estatal.

Ademais, a fórmula do *due process* acarreta um conjunto de garantias fundamentais que ostentem dúplice função, pois de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e

⁴³³ TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

⁴³⁴ Vide: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

poderes processuais e, de outro, auxiliam o correto exercício da jurisdição e tornam-se, por consequência, fator legitimador do exercício do poder estatal⁴³⁵.

A evolução jurisprudencial e doutrinária levou à distinção entre duas vertentes do devido processo legal. No campo procedimental, resta assegura ao cidadão o direito a um processo justo, com ampla defesa e acesso a uma ordem jurídica justa. Para Câmara, deve-se entendê-la como “a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem”⁴³⁶.

Do ponto de vista substancial, impõe-se às leis e aos atos estatais a observância da razoabilidade e da proporcionalidade. Isso significa que o devido processo não se resume à regularidade formal dos procedimentos, mas exige que os resultados das decisões estatais sejam materialmente justos e compatíveis com os valores constitucionais.

12.6. Desse modo, não se pode apartar os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade do direito a um processo adequado ou justo. Sendo o processo adequado ou justo aquele estruturado de maneira proporcional e razoável à proteção do direito fundamental alegado, os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são as próprias medidas do processo adequado e justo.

12.7. As considerações precedentes conduzem, de um lado, à conclusão de que os deveres de proporcionalidade e razoabilidade são decorrências diretas e internas dos princípios da liberdade e da igualdade, e impõem a adoção de comportamentos que contribuam para a existência dos bens jurídicos que compõem os estados ideais de liberdade e de igualdade; de outro, à conclusão de que o direito a um processo adequado ou justo é uma decorrência indireta e externa da proteção de direitos, e impõe a adoção de comportamentos que contribuam para a existência dos bens jurídicos que compõem o estado ideal de protetividade dos direitos de liberdade e de igualdade⁴³⁷.

Na esteira de Reale, por devido processo legal também deve ser compreendida a devida atualização do Direito, concebendo este como a integração normativa de fatos segundo valores. Assim, o devido processo não é apenas observância das formas, mas deve promover a sintonia do ordenamento jurídico com a realidade social vigente, onde se incluem os valores e as finalidades que justificam sua existência⁴³⁸. Nesse sentido, o devido processo legal serve como um instrumento de constante renovação da legitimidade da lei, uma vez que permite a incorporação de novas demandas e ajustando-se às transformações históricas. Portanto, impõe-

⁴³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82.

⁴³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 44.

⁴³⁷ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, a. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008, p. 55.

⁴³⁸ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 70-71.

se que a norma ou o ato preservem sua legitimidade ao longo do tempo, de modo a tornar o Direito relevante e operacional perante fatos emergentes e transformações econômicas e sociais.

Essa abordagem permite sustentar que a função regulatória do Estado, principalmente em uma área dinâmica como é a saúde, requer um arco de atuação normativa que incorpore renovação e adaptação. Para fins de controle judicial das escolhas regulatórias ou da própria fundamentação da regulação econômica ou social promovida pelas agências, a concepção de devido processo legal enquanto devida atualização do Direito proposta por Reale pode funcionar como critério de avaliação. Logo, normas ou atos que não se mantenham relevantes ou adequados ao contexto podem perder legitimidade, o que deve ser objeto de apreciação tanto pela Administração quanto pelo Judiciário.

2.5.4 Salvaguarda do exame de consequências e das capacidades institucionais no sistema constitucional regulatório

Quarta salvaguarda a ser considerada consiste na apreciação das consequências de determinada escolha regulatória e o respectivo controle judicial sejam avaliados sob uma perspectiva eminentemente pragmática, portanto centrada no exame de suas consequências concretas e na capacidade institucional dos órgãos responsáveis por produzi-las. A funcionalidade dessa salvaguarda consiste em exigir-se das decisões públicas, especialmente aquelas voltadas à regulação de partes significativas da vida social ou da economia nacional, a observância de parâmetros razoáveis, funcionais e eficientes na promoção dos valores constitucionais em questão.

Na qualidade de corrente filosófica, tem-se em Peirce o propósito de fundar uma lógica científica da investigação e da clareza conceitual⁴³⁹. Nesse contexto, formula-se o princípio pragmático segundo o qual “considere quais são os efeitos práticos concebíveis que imaginamos que o objeto de nossa concepção possa ter; então, a nossa concepção desses efeitos é o todo da nossa concepção desse objeto”⁴⁴⁰. Noutras palavras, o significado de um conceito guarda relação com suas consequências práticas, tal como concebíveis sob determinadas condições. Na

⁴³⁹ BURCH, Robert. Charles Sanders Peirce. ZALTA, Edward N.; NODELMAN, Uri (eds.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/peirce/>>. Acesso em 4 nov. 2025.

⁴⁴⁰ PEIRCE, Charles Sanders. How to Make Our Ideas Clear. **Popular Science Monthly**, v. 12, n. 12, p. 286-302, 1878, p. 293. Disponível em: <<https://www.peirce.org/writings/p108.html>>. Acesso em 4 nov. 2025.

mesma toada, com importantes nuances, caminham James⁴⁴¹ e Dewey⁴⁴². Em síntese, o pragmatismo irá conceber o direito, bem como o conhecimento e a moral, como práticas sociais orientadas por consequências, logo a validade de seus raciocínios depende da eficácia concreta em produzir resultados sociais desejáveis.

Relativamente ao direito administrativo brasileiro, observa-se um giro pragmático-realista em parcela da literatura⁴⁴³. Nesses termos, essa virada ostenta como marco a atualização da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) por obra da Lei federal 13.655/2018, a qual incluiu os arts. 20 a 30 naquela, com o objetivo de incluir “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. De acordo com Sundfeld, as novas normas incorporam terminologia e concepções contemporâneas, ao alcançar cinco temas: criação jurídica, invalidade, consensualidade, responsabilização de agentes e responsabilidade por processos. Em sua visão, “essas normas estão alinhadas à visão que, aceitando o direito administrativo como plural e aberto, orienta sua aplicação no rumo do pragmatismo”⁴⁴⁴, este reconhecido pelos caracteres do antifundacionalismo, do contextualismo e do consequencialismo.

Aos poucos, e nem sempre de maneira linear, o direito administrativo vem se convertendo em um saber tecnológico, estruturado para produzir decisões orientadas pelas melhores consequências práticas. A aproximação com domínios do conhecimento lastreados em estudos empíricos, como a economia e a ciência política, acaba levando o direito administrativo a adotar o olhar mais prospectivo e contextual do pragmatismo. A promulgação da Lei nº 13.655/2018, que instituiu significativos acréscimos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), representou, de certa forma, a consolidação dessa tendência.

(...)

O giro pragmático do direito administrativo tem como objetivo, ao fim e ao cabo, matizar o idealismo excessivo e selar o compromisso do constitucionalismo democrático com a realidade. Buscar os melhores resultados práticos compatíveis com as finalidades legais, dentro dos limites e possibilidades abertos pelo texto normativo. Esse foco nas finalidades legais e consequências concretas, segundo Stephen Breyer, permite manter vivo o vínculo entre democracia, entendida como um sistema de participação dos cidadãos nas escolhas públicas, e resultados práticos que reflitam tais preferências. Esse objetivo só é alcançável se os aparatos do direito e do Estado levarem a sério, tanto em sua formulação abstrata como em sua aplicação prática, dados e circunstâncias da realidade⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ JAMES, William. **Pragmatism: a new name for some old ways of thinking: popular lectures on philosophy**. Nova York, Londres: Longmans, Green and Co., 1907, p. 43-79. Disponível em: <<https://archive.org/details/pragmatismnewnam00jame/mode/2up>>. Acesso em 4 nov. 2025.

⁴⁴² DEWEY, John. **Logic: the theory of inquiry**. Nova York: Henry Holt, 1938.

⁴⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* **Publicistas: direito administrativo sob tensão**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

⁴⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para + céticos**. 4 ed. São Paulo: Juspodivm, Malheiros, 2026, p. 216.

⁴⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. Direito administrativo: entre justificação e operacionalização. **Revista Estudos Institucionais**, v. 9, n. 3, p. 774-782, set./dez. 2023, p. 779-780.

Sendo assim, a salvaguarda em questão encontra-se em linha com, *inter alia*, os arts. 20 e 21 da LINDB, segundo os quais, respectivamente, “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” e “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. Encontra-se em xeque questões pertinentes à própria teoria do direito e categorias basilares do raciocínio jurídico⁴⁴⁶.

No específico campo sanitário, impõe-se ao Poder Judiciário que considere a higidez do modelo regulatório, ao decidir e julgar sobre as escolhas regulatórias pertinentes às ações e serviços em saúde. Logo, a visão sistêmica e consequencial propugnada não se limita ao jurisdicionado individualmente considerado, quando esteja em questão escolhas alocativas a respeito de recursos públicos escassos.

Impõe-se no momento do controle judicial dos atos de regulação a distinção de abordagem entre o micro e o macrojurídico, trazido já na definição do direito econômico por Grau⁴⁴⁷. Em consonância ao pensamento de Scaff, “são dois planos de convivência humana e de regulação normativa: o macrojurídico, voltado para a regulação de atividades, consideradas global e socialmente, e o microjurídico, voltado para a regulação das relações individuais”⁴⁴⁸. Referida divisão reflete-se especificamente na seara da judicialização de medicamentos e tratamentos:

No mesmo sentido, o estabelecimento de políticas de saúde para entrega de medicamentos a preço subsidiado é uma questão macrojurídica, enquanto a efetiva dispensação desses medicamentos em cada unidade de saúde é algo microjurídico, pois envolve a demanda de cada espécie de remédio para cada unidade de saúde.

(...)

Vê-se também na questão da judicialização em busca de medicamentos e tratamentos que não se encontram previstos para custeio pelo sistema público de saúde. Observada sob uma lente micro, identifica-se uma questão individual na busca pelo direito à saúde ou à vida; observada sob uma lente macro, verificam-se aspectos dos gastos globais com a prestação do serviço público de saúde, sendo que, neste caso, o objeto sob análise é o exercício de certa atividade não diretamente relacionada a um indivíduo específico⁴⁴⁹.

Igualmente, referido giro pode ser aplicado à avaliação das capacidades institucionais

⁴⁴⁶ JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. Positivismo, subjetividade e consequencialismo. MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

⁴⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: RT, 1978, p. 218.

⁴⁴⁸ SCAFF, Fernando Facury. Uma introdução à análise macro e microjurídica e as políticas públicas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 21, n. 83, p. 89-108, jul./set. 2023, p. 94.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 97.

incidentes na questão regulatória sanitária, especialmente o Judiciário *vis-à-vis* as agências reguladoras. Nessa linha, a incorporação na tomada de decisão por magistrados e reguladores de variável atinente às capacidades institucionais atende uma exigência contemporânea da hermenêutica jurídica, isto é, a de que a correção jurídica não pode ser dissociada da viabilidade institucional das decisões.

Sunstein e Vermeule defendem que a interpretação jurídica deva considerar as condições empíricas dos intérpretes, bem como os custos de erro e de decisão que acompanham cada exercício hermenêutico⁴⁵⁰. Por conseguinte, para os fins desta tese, não se pode abstrair as condições materiais e cognitivas das instituições encarregadas de interpretar normas de conteúdo regulatório sanitário. De acordo com os autores, sob essa perspectiva, a hermenêutica constitucional aproxima-se de um modelo de segunda ordem (*second-best theory*), que reconhece a impossibilidade de decisões interpretativas perfeitas (*first-best theory*) em um contexto plural e conflitivo. Nesse escopo, propõem a adoção de “acordos incompletamente teorizados” que permitam convergências práticas e intersubjetivas sobre pontos essenciais⁴⁵¹.

Sendo assim, ao avaliar as capacidades institucionais em concreto, demanda-se dos órgãos possivelmente decisores que comparem os custos associados de cada instância. Noutras palavras, torna-se cabível imaginar distintas alternativas de resolução da controvérsia na situação em específico para então optar por aquele que se apresente a mais adequada dentro do lapso disponível de acordo com as capacidades dos órgãos. Além disso, deve-se comparar os méritos da atuação de cada instituição estatal. O objetivo dessas providências é avaliar qual órgão estatal deve decidir sobre determinada ação governamental em cada contexto e momento, com o fito de encontrar a melhor escolha segundo a realização de objetivos comuns e de realizar a coordenação e o equilíbrio entre as instituições⁴⁵².

No plano do sistema constitucional regulatório, a análise implica comparar as capacidades decisórias do Poder Judiciário e das agências reguladoras, reconhecendo que cada uma das instâncias de poder desempenha funções complementares na concretização das funções constitucionais. De um lado, as agências encontram-se em posição *prima facie* privilegiada para lidar com decisões de natureza complexa, prospectiva e empírica, haja vista que são dotadas de especialização técnica, legitimidade procedimental e capacidade de aprendizagem institucional.

⁴⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 885-951, fev. 2003, p. 886-888.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 949-951.

⁴⁵² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011, p. 16-19.

De outro lado, o Poder Judiciário tende a operar sob condições de informação limitada, controle *ex post* e incentivos decisórios distintos. Portanto, em questões regulatórias, cabe aos agentes administrativos, controladores e judiciais a responsabilidade de ponderar os custos da decisão, avaliando o risco de desestabilização normativa e de perda de eficiência na consecução de políticas públicas.

Nesse sentido, quando se demanda o exame das capacidades institucionais como fator hermenêutico diante de uma controvérsia em matéria regulatória, significa considerar que antes de interpretar o conteúdo jurídico da norma, deve-se ponderar a aptidão técnica, procedimental e temporal dos órgãos competentes para deliberar sobre ela. No caso de concluir-se ser o regulador independente, essa avaliação é condição de deferência judicial legítima, pois assegura que as instituições decidam dentro de seus limites funcionais, respeitando a unidade teleológica do Estado na consecução dos objetivos constitucionais comuns.

3 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E A TUTELA ESTRUTURANTE DO DIREITO À SAÚDE

Este capítulo pretende traçar um panorama compreensivo-descritivo do desenvolvimento da tutela jurisdicional do direito fundamental à saúde, com enfoque na atuação do Supremo Tribunal Federal. Para isso, será necessário desenvolver perfectibilizar uma pesquisa bibliográfica a respeito desse itinerário sob a vigência da Constituição da República de 1988 e um estudo de caso sobre os Temas 6 e 1234 submetidos ao rito da repercussão geral.

Nessa linha, espera-se demonstrar que existe uma tendência da judicialização da saúde no Supremo Tribunal Federal caminhar no sentido das tutelas estruturais, uma vez que já foram observadas as tentativas de atomização ou individualização das demandas e a coletivização desses conflitos em termos nacionais. Com efeito, objetiva-se cotejar o cenário descrito com as salvaguardas apresentadas na subseção 2.5. desta tese, de modo a formular um juízo avaliativo-crítico da experiência brasileira nas últimas décadas.

De início, verifica-se que a conformação institucional do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988 e a consolidação do direito à saúde como direito fundamental social de eficácia imediata no ordenamento jurídico brasileiro deslocou o debate das reivindicações sociais em matéria sanitária para o centro de atuação do Poder Judiciário no geral e do STF no específico. Diante desse cenário de novos desafios à teoria e à prática da jurisdição constitucional, o Tribunal passou a desempenhar uma função decisiva na definição das fronteiras entre as competências dos Poderes, na interpretação dos limites da atuação administrativa e na conformação de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais sociais.

Nessa senda, caso adotado o marco do dia 3 de maio de 2007 como início da regulamentação da sistemática da repercussão geral, por se tratar da data de publicação no Diário de Justiça da Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 664.567, relatada pelo então decano, o Ministro Sepúlveda Pertence, observa-se uma variância significativa na atuação do STF em matéria de judicialização das políticas de saúde. Inicialmente marcado por demandas individuais, voltadas ao fornecimento de medicamento e tratamentos específicos para pessoas determinadas, referido processo evoluiu incrementalmente para tentativas de equacionamento dos problemas sanitários de forma coletiva e, depois, de maneira estruturante. À medida que o volume de decisões se ampliou e os efeitos sistêmicos se tornaram evidentes, a jurisdição constitucional foi instada a desenvolver instrumentos capazes de lidar com problemas de natureza coletiva, complexa e de alta densidade técnica.

Em termos analíticos, impende compreender como o STF desenvolveu institucionalmente o conjunto de controvérsias institucionais atinentes à saúde entre os povos da autocontenção judicial e da intervenção. Isso porque termina por desempenhar as funções de proteção e promoção dos direitos fundamentais, bem como busca regular o mercado. Dito de outra forma, coloca-se em xeque a exigibilidade judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) de um lado e, de outro, a Corte é chamada a definir os contornos de sua função regulatória, especialmente em matérias que demandam coordenação federativa e racionalização técnica das políticas públicas.

Na seara da saúde, o desempenho institucional da Corte revela um processo transicional desde um modelo adjudicatório individual para uma forma de prestação da jurisdição constitucional de natureza estruturante, a qual se caracteriza pela busca de soluções cooperativas, técnicas e ponderadas. Assim, percebe-se que para desempenhar o papel de guardião dos direitos fundamentais, o STF deve zelar pela própria racionalidade do sistema constitucional de políticas públicas. Portanto, vislumbra-se uma crescente aproximação da jurisdição constitucional de uma função regulatória e coordenadora no âmbito do Estado Democrático de Direito.

3.1 Recorte institucional e a exigibilidade dos direitos fundamentais sociais pela via judicial

A jurisdição constitucional tende a ser reconhecida como uma resposta institucional ao problema da garantia jurisdicional da Constituição. Nas palavras de Kelsen, “a garantia jurisdicional da Constituição – a jurisdição constitucional – é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”⁴⁵³, pressupondo-se que “garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”⁴⁵⁴.

Sendo assim, por excelência, o objeto principal da jurisdição constitucional são as leis cuja inconstitucionalidade se alega. A constitucionalidade ou a inconstitucionalidade revela-se conceito de relação de caráter normativo e valorativo, e não meramente lógico ou intelectual. De maneira ampla, quer dizer “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e

⁴⁵³ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 123-124.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 126.

outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base”⁴⁵⁵

A garantia jurisdicional da Constituição tem como origem as ideias de supremacia e rigidez do ato inaugural, afinal é a partir dela que se regula os demais atos jurídicos presentes em determinado ordenamento e sua modificabilidade apresenta-se de forma gravosa, por um regime especial. Segundo Sarlet, “o princípio da supremacia da constituição se traduz no fato de que as normas constitucionais, dada sua origem e em virtude da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ocupam posição hierárquica superior”⁴⁵⁶, o que apresenta consequências não só em termos de hierarquia das normas, mas também diz respeito à arquitetura institucional, à relação entre órgãos constitucionais.

Nessa linha, verifica-se a necessidade de um Curador da Constituição, cujo significado corresponde à “expressão designativa da entidade à qual se atribua a função de proteger a Constituição contra suas eventuais violações, aplicando-a”⁴⁵⁷. Logo, o termo veicula duas ideias fundamentais, a condição de protetor de interesses constitucionais de um lado e, de outro, um implementador da vontade da Constituição.

Surge daí a viabilidade do controle de constitucionalidade, o qual se define como um juízo relacional que procura estabelecer uma comparação valorativa entre dois elementos, a Constituição como parâmetro e a lei, os fatos do processo legislativo ou a omissão da fonte de produção na qualidade de objeto. Segundo Dimoulis e Lunardi, a realização do controle de constitucionalidade nessa perspectiva abrangente ocorre perante a conjugação de três condições: haver um ordenamento jurídico organizado hierarquicamente, de modo a depreenderem-se dispositivos dotados de superioridade em relação aos demais; a existência de uma autoridade estatal que atue como fiscal; e o fiscal da Constituição possuir a competência de verificar a regularidade de dispositivos jurídicos, examinando sua compatibilidade⁴⁵⁸.

Por sua vez, Clève aponta que a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos exige a satisfação de três pressupostos: “(i) existência de uma Constituição formal; (ii) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais); e (iii) previsão de pelo menos um órgão

⁴⁵⁵ MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 11-12.

⁴⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 228-229.

⁴⁵⁷ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71.

⁴⁵⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 90-91.

dotado de competência para o exercício dessa atividade”⁴⁵⁹.

Com efeito, a partir da distinção entre os conceitos de jurisdição constitucional e Justiça Constitucional, demonstra-se viável melhor compreender a posição institucional dos Tribunais Constitucionais no geral e do STF no particular.

Jurisdição constitucional, contudo, é terminologia que inculca a ideia de desenvolvimento processual consoante o rito judicial, visando a atuação constitucional. Nesse sentido, intensamente utilizado, a jurisdição constitucional refere-se ao estudo de questões mais propriamente processuais. Realiza-se um corte prévio para admitir, sem maiores preocupações, que a defesa e cumprimento último da Constituição opera-se mediante um processo de tomada de decisão de caráter jurisdicional.

(...)

“Justiça Constitucional” tem uso identificado, nesta pesquisa, para designar apenas a Justiça desenvolvida no âmbito do Tribunal Constitucional, incluindo o estudo de sua origem histórica, seu posicionamento entre os poderes, suas principais categorias funcionais, morfologia e natureza da atividade do Tribunal Constitucional, processo decisório e suas regras, legitimidade democrática e perspectivas⁴⁶⁰.

Nesse panorama, a posição da Justiça Constitucional transcende a mera anulação de atos normativos incompatíveis com a Constituição, pelo menos sob perspectiva contemporânea. Seu papel progressivamente consiste em garantir a integridade do sistema constitucional e em preservar a eficácia dos direitos fundamentais em face de múltiplos objetos, inclusive os de caráter não normativo, e especialmente em contextos de omissão legislativa e de políticas públicas insuficientes. Trata-se, portanto, de uma jurisdição que, embora juridicamente limitada, cumpre uma função de estabilização institucional e de construção de consenso normativo, assegurando que os demais Poderes atuem dentro de parâmetros constitucionais de racionalidade e legitimidade.

Por conseguinte, a posição institucional da Justiça Constitucional pode ser entendida sob distintas miradas. Um primeiro olhar voltado à estrutura pauta-se no seu posicionamento no sistema de poderes republicanos. Desse modo, a Justiça Constitucional representa uma instância de autocontrole do Estado Constitucional, porquanto o Poder Judiciário, por meio de um Tribunal Constitucional, é chamado a fiscalizar a conformidade dos atos das demais instâncias de poder com a ordem constitucional. Concebida a separação de poderes primariamente como alocação de autoridade decisória e explicitadas as limitações teóricas da supremacia judicial acerca das questões constitucionais, esse arranjo político-institucional pretende garantir que o conjunto e a totalidade do Estado permaneçam vinculado à vontade de

⁴⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 26.

⁴⁶⁰ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 146 e 151.

Constituição.

Ademais, há um papel regulatório e coordenador a ser realizado pela Justiça Constitucional na contemporaneidade diante da organização político-administrativa do Estado, sobretudo em matérias que envolvem direitos fundamentais sociais, como é o caso da saúde. Nesse diapasão, impõe-se uma mediação, em nível constitucional, entre as exigências de normatividade e as limitações empíricas do Estado Administrativo em determinado tempo e espaço. Logo, urge ao Tribunal Constitucional assegurar a concretização de direitos de caráter prestacional ou promocional, sem, contudo, extravasar suas competências, em detrimento das atribuições dos órgãos políticos e técnicos responsáveis pela formulação, execução e controle das políticas públicas subjacentes. De certo modo, pode-se dizer que a tensão entre efetividade dos direitos e respeito à separação dos poderes consiste em um dos eixos que estrutura a atuação jurisdicional hodierna.

No caso brasileiro, tratando-se do órgão de cúpula do Poder Judiciário e guarda da Constituição, *ex vi* art. 102 do texto constitucional, o STF ocupa posição central no mencionado arranjo institucional, tendo em vista o modelo brasileiro híbrido de controle de constitucionalidade, conforme preconizado por ampla parcela da doutrina⁴⁶¹. Sendo assim, conforme Mendes, “ao final dos anos oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se modelo híbrido ou misto de controle”. Contudo, em sua visão, há uma tendência instaurada pela Constituição de 1988 no sentido de conferir ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas, sim, ao modelo concentrado, porque praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao STF, mediante o processo de controle abstrato de normas. “A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência”⁴⁶².

Portanto, a singularidade decorrente da convivência de elementos de ambos os modelos de jurisdição constitucional leva o STF a assumir posição de destaque no equilíbrio interinstitucional, principalmente por atuar, a um só tempo, como instância técnica de interpretação constitucional e ator político-institucional na definição de políticas públicas fundamentais. Em uma democracia funcional, a legitimidade da atuação de um Tribunal

⁴⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 163-166.

⁴⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 1321.

Constitucional deriva de sua função de garantia da Constituição e dos direitos fundamentais, não de uma pretensão de substituir a deliberação política.

Seja pela realidade brasileira e suas carências da modernidade tardia, sobretudo o déficit de implementação dos DESCs, seja por discursos e ideologias influentes na literatura constitucionalista ampliou-se sobremaneira a demanda sociopolítica pela atuação do STF em searas complexas e multifárias destinadas à realização de direitos fundamentais. A partir dessa circunstância, consolidou-se uma dinâmica de judicialização da política e, em particular, de judicialização das políticas públicas sociais, fenômeno que não decorre apenas do protagonismo judicial, mas também da inércia ou insuficiência dos demais poderes no cumprimento dos deveres constitucionais de prestação.

A dimensão institucional da Justiça Constitucional deve ser interpretada mediante lentes de integração constitucional entre os poderes republicanos. Ao decidir sucessivamente temas relevantes no contexto de ações e serviços em saúde, o STF atua como instância mediadora e integradora entre os sistemas do direito e da política, notadamente na interseção entre autonomia administrativa e as exigências do constitucionalismo social. A princípio, não se trata de sobreposição ou substituição da política pela jurisdição, mas de assegurar que a política permaneça constitucionalmente orientada, dentro de limites normativos que garantam o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por consequência, conforme exaustivamente antevisto, o desempenho dessa posição institucional guarda dependência com a legitimidade democrática e epistêmica das decisões do Tribunal Constitucional. Do ponto de vista de uma democracia qualificada como constitucional, a legitimidade deriva de sua fidelidade à vontade constituinte e de sua abertura, via procedimento, a mecanismos participativos, como audiências públicas e a admissão de *amici curiae*, que ampliam o diálogo institucional e social. Sob a perspectiva epistêmica, a legitimidade vincula-se à capacidade do Tribunal de decidir com base em critérios técnicos e científicos sobre políticas públicas e regulação econômica, bem como pela necessária deferência às instâncias administrativas especializadas, como a CONITEC, o SUS, a Anvisa, a ANS, dentre outras, em matéria de saúde.

3.1.1 Referencial de comparação: a Corte Constitucional da República da África do Sul

Reconhecida a importância de zelar pela qualidade epistemológica do método

comparativo em estudos e questões constitucionais⁴⁶³, Jackson reconhece a existência de, pelo menos, cinco grandes vertentes metodológicas no que fez respeito ao direito constitucional comparado, dentre as quais é possível optar pela vertente funcional, por ser a mais recorrente na pesquisa comparatística hodierna, voltando-se à identificação de funções e instituições análogas em diferentes contextos e ordens constitucionais⁴⁶⁴.

Nesse sentido, importa proceder perquirição, com rigor analítico, sobre a realidade constitucional sul-africana, dado que esta resta reconhecida como por seus avanços na exigibilidade, pela via judicial, dos direitos fundamentais sociais, especialmente, mas não só, no campo do direito à saúde. Sendo assim, a abordagem parte da definição de um problema constitucional comum e examina as soluções doutrinárias e institucionais oferecidas pelos Tribunais Constitucionais brasileiro e sul-africano, com o fito de formular juízos comparativos sobre as melhores arquiteturas jurídico-políticas. Essa perspectiva metodológica enfatiza a necessidade de articular conceitos, casos, legitimidades e práticas institucionais, de maneira a compreender como distintas jurisdições territoriais enfrentam desafios verossimilhantes.

A República da África do Sul teve sua Constituição aprovada em dezembro de 1996 e com vigência a partir de fevereiro de 1997⁴⁶⁵. Em relação ao Judiciário da África do Sul, é prevista a independência das cortes, unicamente vinculadas à Constituição e ao Direito, sendo cogentes suas decisões⁴⁶⁶. Veda-se interferência de pessoas ou órgãos no funcionamento do ramo judicante do Estado e atribui-se dever específico de assistência e proteção aos tribunais para assegurar a independência, imparcialidade, dignidade, acessibilidade e efetividade destes. Com a reforma constitucional ocorrida em 2012, atribuiu-se ao *Chief Justice* o comando de todo o sistema Judiciário. Esse é formado pela Corte Constitucional, Suprema Corte de Apelação, Corte Superior da África do Sul e demais cortes superiores estabelecidas pelo Parlamento com funções similares, Cortes de Magistrados e outros órgãos judiciais criados pelo Legislativo (art. 166, CAS).

Na qualidade de cúpula do Judiciário, a Corte Constitucional é composta por onze julgadores, sendo que um deles ocupa a presidência e outro, a vice-presidência. Nesse campo,

⁴⁶³ HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 151 e ss.

⁴⁶⁴ JACKSON, Vicki J. *Comparative Constitutional Law: methodologies*. ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 55-67.

⁴⁶⁵ EBRAHIM, Hassen. **The Soul of a Nation: constitution-making in South Africa**. Cidade do Cabo: Oxford University Press, 1998.

⁴⁶⁶ HOEXTER, Cora. *The structure of the courts*. HOEXTER, Cora; OLIVIER, Morné (eds.). **The judiciary in South Africa**. Cidade do Cabo: Juta, 2014.

a função dessa instituição na dinâmica institucional do constitucionalismo sul-africano mostrou-se essencial para a reconstrução política do país⁴⁶⁷. Há regra de quórum relativa à oitiva da matéria por, ao menos, oito juízes. Ademais, a Corte possui competência para decidir sobre questões constitucionais e outras matérias que no entender do Tribunal comportem importância pública geral, assim como disputas entre órgãos estatais das esferas nacional ou provincial concernente a *status* constitucional, poderes e funções. Também é dado ao órgão decidir sobre a constitucionalidade das legislações do Parlamento e provinciais e das emendas constitucionais (art. 167, CAS).

Consideram-se conseqüências do poder inerente ao Judiciário, a regulação do processo e o desenvolvimento do direito comum (*common law*) pelos próprios tribunais, à luz dos interesses institucionais. A forma de seleção dos juízes da Corte Constitucional recebe disciplina constitucional, competindo a nomeação ao Presidente, após oitiva da Assembleia Nacional, Comissão de Serviço judicial e o próprio tribunal na hipótese de a vaga em questão não ser a de Presidente ou Vice-Presidente. A propósito, há interessantes comandos constitucionais que demandam uma composição racial e de gênero equitativa e uma quota permanente de quatro integrantes oriundos da magistratura (art. 174, 2 e 5, CAS).

Apesar de colherem-se sensíveis críticas ao funcionamento efetivo do sistema político do país⁴⁶⁸, a experiência sul-africana revela importantes referenciais para o caso brasileiro. Isso porque os impasses concretos geraram necessidade por soluções criativas e potencialmente úteis em termos de processo constitucional e concretização de direitos sociais, culturais e econômicos⁴⁶⁹.

Nos estreitos fins desta tese, urge constatar que a CAS priorizou a promoção de direitos fundamentais sociais como forma de minimizar os impactos do longo regime de segregação racial. Portanto, em seu art. 27, assegura-se que o direito à saúde de todos, inclusive a reprodutiva, e o direito de não ter tratamento médico de emergência negado, dentro das possibilidades financeiras do Estado. Ademais, consta o dever estatal a tomar medidas legislativas razoáveis e outras, dentro da disponibilidade de recursos públicos, para alcançar a progressiva realização de cada um dos direitos elencados no dispositivo, isto é, saúde pública,

⁴⁶⁷ KLUG, Heinz. **Constituting Democracy: law, globalism, and South Africa's political reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 139-159.

⁴⁶⁸ DAVIS, Dennis M. Authoritarian constitutionalism: the South African experience. GARCÍA, Helena Alviar; FRANKENBERG, Günter (eds.). **Authoritarian Constitutionalism: comparative analysis and critique**. Cheltenham: Edward Elgar, 2019. DIXON, Rosalind; ROUX, Theunis (eds.). **Constitutional triumphs, constitutional disappointments: a critical assessment of the 1996 South African Constitution's local and international influence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

⁴⁶⁹ YOUNG, Katharine G. **Constituting economic and social rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

alimentação, água e segurança social.

A partir dessa moldura, torna-se possível asseverar que a Corte desenvolveu um modelo de controle da Administração Pública sanitária que combina três pressupostos: (i) a exigência de razoabilidade das políticas públicas; (ii) a recusa a formular um núcleo mínimo dotado de rigidez em termos quantitativos; e (iii) a aceitação da justiciabilidade plena dos direitos sociais e da possibilidade de ordens mandamentais e estruturais quando o Estado viola deveres constitucionais⁴⁷⁰.

O primeiro caso emblemático desse arcabouço jurisprudencial é *Soobramoney v. Minister of Health* (1997). Discute-se a densidade normativa do direito à saúde sob a CAS e o desenvolvimento de uma gramática constitucional apta a dirimir controvérsia cuja resolução pressuponha o controle judicial de políticas públicas diante da escassez de recursos públicos. Em termos fáticos, Thiagraj Soobramoney pleiteia tratamento em hospital público, por não deter condições de custear a diálise na rede privada, sendo portador de insuficiência renal crônica irreversível, diabetes e doença cardíaca.

A Corte Constitucional fundamentou sua análise a partir de três eixos argumentativos. Primeiro, desenvolveu uma interpretação restritiva ao termo “tratamento médico emergencial” constante no art. 27 da CAS, significando-o em termos de eventos súbitos e inesperados, e não quadros crônicos e permanentes. Depois, ao deslocar para as outras hipóteses do dispositivo constitucional, passa a ser importante o que se compreende como medidas razoáveis e a expressão “dentro dos recursos disponíveis”, firmou convicção no sentido de que as escolhas em matéria de alocação de recursos em saúde são, em regra, da competência dos poderes políticos e eleitos. Por fim, julgou os critérios de admissão ao programa de diálise, os quais priorizavam a chance de transplante e recuperação, constitucionais, por serem gerais, não discriminatórios e resultantes de um “esforço sincero e racional” do Estado em realizar o direito à saúde. Assim, inexistindo arbitrariedade por parte da conduta estatal, não seria papel do Tribunal substituir referidos critérios por outros.

Trata-se de um exemplo de funcionalismo deferente, pois a decisão consolida um padrão de deferência institucional e de autocontenção judicial. Disso, extrai-se que não é esperável do controle de constitucionalidade de temas sanitários que necessidades individuais convertam-se em pretensões exigíveis contra políticas públicas racionais e sinceras.

Outro caso signo de nota na construção sul-africana é *Minister of Health v. Treatment*

⁴⁷⁰ SAMPAIO, Karinne Fontenele. O controle e a implementação do direito à saúde: a jurisprudência da África do Sul. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 85–109, 2017.

Action Campaign (2002). Isso porque se deliberou sobre restrições impostas pelo governo ao uso do antirretroviral nevirapina, cuja eficácia seria comprovada na prevenção da transmissão do HIV. De início, limitou-se a distribuição do medicamento a dezoito casos-piloto, sob o fundamento da imperatividade de monitor efeitos colaterais e viabilizar a logística antes da expansão do programa. O Tribunal Superior de Pretória acolheu o pedido, declarando inconstitucional a limitação e determinando que o governo disponibilizasse o medicamento em toda a rede pública. O Estado recorreu da decisão da Corte Superior, sustentando a necessidade de deferência judicial ao Poder Executivo.

No julgamento do recurso, a Corte Constitucional confirmou o arresto, mas o fez com base em fundamentação mais ampla. De um lado, rejeitou a tese de um núcleo mínimo quantificável de obrigações, à luz da orientação do Comitê da Organização das Nações Unidas sobre DESC. De outro lado, reiterou a justiciabilidade plena dos direitos sociais, tendo em vista que, nos termos constitucionais, o Estado está obrigado a adotar medidas razoáveis e progressivas, dentro de seus recursos disponíveis, para garantir o acesso universal à saúde. No caso, a Corte julgou sem razoabilidade o programa, dado sua inflexibilidade e rigidez, uma vez que teria ficado comprovado a disponibilidade de condições materiais e de certeza científica por parte da Administração Pública para disponibilizar o medicamento em mais estabelecimentos, sem significativo comprometimento do orçamento.

Em termos institucionais, sublinhou-se que os tribunais não estariam habilitados a elaborar políticas públicas ou gerir orçamentos, porém possuem o dever de examinar a razoabilidade das medidas estatais com a finalidade de exigir sua compatibilidade com a efetivação de direitos fundamentais. Como consequência, determinou ao governo a ampliação imediata do acesso à nevirapina em todos hospitais e clínicas de caráter público onde houvesse capacidade técnica. Em suma, cuidou-se de uma ordem mandamento e de matiz estrutural, que vinculou o Poder Executivo a resultados concretos e mensuráveis, não o substituindo em seu mister gerencial.

No caso *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* (2002), discutiu-se sobre a política farmacêutica sul-africana, especialmente no que diz respeito à regulação de preços e ampliação do acesso a medicamentos consoante ao dever estatal de assegurar a todos o direito à saúde. O litígio em si derivou de irresignação da indústria farmacêutica em face dos regulamentos editados pelo Ministério da Saúde, os quais implementaram um sistema de preços de venda ao público. Na qualidade de fundamentos, discutiu-se o extravasamento da delegação legislativa e a violação aos princípios da legalidade, publicidade e participação social.

Ao apreciar o caso, a Corte Constitucional reconheceu, por unanimidade, a

constitucionalidade do controle estatal em relação ao preço de medicamentos e a validade da delegação legislativa em favor do Ministério da Saúde. Noutro giro, a Corte entendeu, por maioria, que o parâmetro de cálculo da taxa de distribuição incidente sobre as farmacêuticas seria inadequado, por lhe faltar razoabilidade e fundamentação técnica, de modo que determinou sua revisão. Por conseguinte, adotou-se uma calibragem, porque de um lado assentou-se a validade estrutural da política farmacêutica do governo e corrigiu pontualmente dispositivos tidos por irracionais de outro lado.

Outro caso de relevância para o presente estudo refere-se a *Dingaan Hendrik Nyathi v Member of the Executive Council for the Department of Health, Gauteng and Others* (2008), porquanto a Corte Constitucional promoveu o deslocamento do eixo de análise desde o direito à saúde sob uma perspectiva material para o plano institucional desse direito, o que demanda a efetividade das decisões judiciais e a devida responsabilidade política do governo. Em termos concretos, vítima de grave erro médico cometido por hospital público, o Sr. Nyathi apresentou sensível dificuldade para executar sentença condenatória em seu favor em face do Estado, sob a alegação de que se vedava a penhora de bens públicos, o que tornava virtualmente impossível a satisfação de créditos perante a Fazenda Pública.

A Corte Constitucional julgou inconstitucional a Seção 3 da *State Liability Act*, por considerar que a imunidade executiva do Estado configurava obstáculo inaceitável ao cumprimento das sentenças e comprometia a credibilidade do sistema judicial. No entanto, o órgão adotou uma postura estrutural e dialógica, tendo em vista que suspendeu os efeitos da declaração de nulidade por 12 meses, de maneira a possibilitar ao Parlamento a elaboração de nova legislação. Por conseguinte, *Nyathi* demonstra que o constitucionalismo transformador sul-africano não se cinge à declaração de direitos, uma vez que é necessário assegurar os meios práticos e processuais para que esses direitos sejam realizados. Assim, o dever estatal de respeito, proteção e promoção do direito à saúde deve-se converter em uma obrigação efetiva, passível de execução judicial.

Decerto, há outros casos de grande relevo para descrever o repositório jurisprudencial da Corte Constitucional da África do Sul em matéria de exigibilidade judicial de políticas públicas de acesso a medicamentos e tratamentos, tais como *Oppelt v Head: Health, Department of Health Provincial Administration: Western Cape* (2015) e *Makana Peoples Centre v Minister of Health* (2023).

Contudo, para uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro e sul-africano segundo metodologia funcional-conceitual, basta concluir que a jurisprudência da Corte Constitucional sul-africana na seara sanitária revela a conversão de um modelo de

autocontenção institucional para uma postura estruturante e cooperativa de tutela dos direitos sociais. Em certa medida, a transição evidencia uma alternativa de desenvolvimento da jurisdição constitucional no tópico, pois esta deve atuar não para substituir as escolhas governamentais, mas para assegurar a racionalidade e a legitimidade constitucional das ações estatais voltadas à saúde pública.

Em percuciente avaliação realizada por Dworkin, identifica-se a jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul como exemplar no que diz respeito à interpretação dos direitos socioeconômicos dentro dos limites de uma democracia. Em sua concepção, diante de um texto constitucional que incorporou explicitamente direitos positivos, v.g. moradia, saúde, educação, torna-se o desafio central da jurisdição constitucional identificar qual caminho seguir: os tribunais deveriam revisar as decisões orçamentárias do governo de forma substantiva (avaliando se as prioridades de gasto são razoáveis) ou adotar uma postura igualitária (garantindo que, quaisquer que sejam os recursos alocados, sejam distribuídos com igual consideração por todos)?⁴⁷¹

Nesse contexto, explica-se que a estratégia substantiva autoriza os juízes de determinada Corte Constitucional substituírem o juízo político pelo seu próprio, de acordo com sua visão da Constituição, conquanto sob a regência de uma estratégia igualitária a instância judicial deve limitar-se a verificar se as escolhas governamentais respeito o valor moral imputado igualmente a todas as pessoas. No caso sul-africano, Dworkin argumenta que se optou corretamente pela interpretação igualitária, ao analisar *Soobramoney e Treatment Action Campaign*. Essa visão seria fundamentada em compromisso filosófico vertida na igualdade como igual consideração e respeito (*equal concern and respect*).

Com efeito, Dworkin rejeita que o compromisso igualitário demande que a Justiça Constitucional exija resultados materiais idênticos ou que deva o magistrado assumir decisões sobre políticas públicas. Pelo contrário, mormente no que toca aos bens sociais e econômicos, a visão igualitária requer que as decisões governamentais tratem os interesses fundamentais de cada pessoa com a mesma importância intrínseca. Para o autor, a Corte Constitucional sul-africana encarnou esse ideal, porquanto não impôs em seus julgamentos um modelo específico de bem-estar, mas simplesmente aplicou o princípio de que o Estado deve agir de maneira coerente com o *status* moral igual de todos os cidadãos.

⁴⁷¹ DWORKIN, Ronald. Response to overseas commentators. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 4, p. 651-662, out. 2003, p. 651-653.

3.2 Recorte funcional e a funcionalidade regulatória do Tribunal Constitucional

Ao privilegiar os estudos das funções de um Tribunal Constitucional no geral e do STF no particular, aproxima-se da identificação dos impactos da prestação da jurisdição constitucional no ambiente regulatório de um país. Nesta sede, opta-se pela saída metodológica desenvolvida por Tavares em livre-docência: “o Tribunal Constitucional identifica-se, pois, pelas funções que exerce, basicamente todas marcadas profundamente pela ideia de protetor da supremacia constitucional, com sua defesa e cumprimento”⁴⁷².

Não há como adverte o autor nessa escolha qualquer caracterização desse órgão pela exclusividade ou monopólio no exercício dessas funções, mas sim a priorização de considerações relativas às funcionalidades práticas do Tribunal. Afinal, ao adotá-lo no sistema constitucional, espera-se que referido órgão esteja em condições de oferecer resposta adequada e célere para os problemas derivados da supremacia da Constituição.

De acordo com Abboud, a primeira tarefa da jurisdição constitucional é limitar, racionalizar e controlar o poder estatal e social, coibindo excessos. Nessa senda, justifica-se a possibilidade de controle judicial amplo do Poder Público. Com a finalidade de preservar a Constituição, o Poder Judiciário insere-se na divisão e no equilíbrio entre poderes, pois serve para decidir, com autoridade, acerca de casos de potencial violação às normas constitucionais.

Em resumo, a partir da doutrina especializada sobre o tema, podemos elencar quatro funções primordiais a serem realizadas pela jurisdição constitucional:

- 1) Limitar o Poder Público – último ponto em que ocorre o controle dos atos do Poder Executivo;
- 2) Garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais que o Brasil seja signatário;
- 3) Corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo, função que a jurisdição constitucional adquiriu em virtude do recrudescimento das decisões manipulativas e aditivas;
- 4) Conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, mais precisamente, da própria Constituição Federal, pela jurisprudência advinda da jurisdição constitucional, desde que consistentemente fundamentada⁴⁷³.

Com minudência, Tavares explana que a totalidade das funções fundamentais atribuídas aos tribunais constitucionais fundamentam-se em dois pressupostos, a colocação da Constituição como lei superior e a imposição de que a Constituição contemple um Tribunal

⁴⁷² TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 159.

⁴⁷³ ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 469.

Constitucional, atribuindo a ele sua curadoria. Diante da concentração doutrinária na função inaugural, o controle de constitucionalidade, e da autonomização funcional em relação à aplicação ou cumprimento e defesa da Constituição, justifica-se o estudo dessa índole no que diz respeito aos tribunais constitucionais, tendo em vista “uma (i) complexidade envolvendo a função originária de controle da constitucionalidade das leis; (ii) um alargamento do campo de atos sindicáveis por meio desse controle; (iii) uma função (...) consistente em controlar as reformas constitucionais”⁴⁷⁴.

Uma tipologia que guardou relevância e controvérsia no cenário jurídico brasileira é da lavra de Barroso, quando propôs a existência de três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas⁴⁷⁵. O primeiro deles seria o contramajoritário, segundo o qual as cortes controlam a constitucionalidade de atos do Legislativo e Executivo, podendo invalidá-los. Com efeito, diante da dificuldade contramajoritária⁴⁷⁶, a legitimidade desse papel justifica-se pela proteção de direitos fundamentais e das regras do jogo democrático.

O segundo papel consistiria no representativo, que deriva da constatação de que a legislatura não necessariamente expressa o sentimento majoritário. Logo, em certos contextos, as Supremas Cortes podem agir em consonância com a vontade popular não atendida pelas instâncias políticas. Fatores como a vitaliciedade, a qualificação técnica dos juízes e a motivação de suas decisões explicariam o desempenho desse papel.

Haveria, ainda, um terceiro papel denominado de iluminista que se refere à capacidade das supremas corte de promover avanços civilizatórios e superar preconceitos, mesmo que contrário à vontade majoritária ou ao senso comum. Assim, o termo se associaria ao movimento filosófico do século XVIII, que remete à razão humanista, tolerância e direitos inalienáveis. Nessa dimensão, as cortes assumem um papel pedagógico e transformador, impulsionando a evolução moral e jurídica da sociedade e contribuindo para a realização do ideal de uma democracia substancial.

A título ilustrativo, no campo da saúde pública, pode-se rotular de iluminista a decisão tomada na ADI 5.543, Rel. Min. Edson Fachin, no que se declarou, por maioria, a

⁴⁷⁴ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 196.

⁴⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, representative, and enlightened: The roles of constitutional courts in democracies. **The American Journal of Comparative Law**, v. 67, n. 1, p. 109-143, 2019. BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set./dez. 2019.

⁴⁷⁶ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven, Londres: Yale University Press, 1986.

inconstitucionalidade da restrição à doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais. Isso porque se valeu de teoria do impacto desproporcional em relação a um grupo minoritário, ainda que existissem substanciosos argumentos de índole técnica para manter a diretriz do programa. Assim, a decisão realiza a função pedagógica típica do papel iluminista, ao corrigir uma discriminação historicamente normalizada e reafirmar o compromisso da jurisdição constitucional com a racionalidade pública e a ciência.

Sem a pretensão de esgotar o tema, importa veicular uma das múltiplas críticas formuladas relativamente a teoria de Barroso. Para Bustamante, a teoria dos papéis judiciais de Barroso rompe com a integridade, a objetividade e a autocontenção próprias da jurisdição constitucional. Ao transformar juízes em intérpretes-autores, dotados de sensibilidade moral e poder reformador, o modelo institucionaliza um protagonismo judicial permanente, dissolvendo fronteiras entre democracia e tecnocracia⁴⁷⁷.

No que importa a presente tese, vale destacar uma crítica relativa ao rompimento dos limites interpretativos e institucionais da jurisdição constitucional. Bustamante aponta um problema de legitimidade e *accountability* na teoria de Barroso, ao transformar tribunais não eleitos em agentes de representação popular e de progresso moral. Então, a teoria, desloca o centro da deliberação democrática do Parlamento para o Judiciário, reforçando uma visão tecnocrática e elitista do constitucionalismo. Ademais, a resultante é ativismo judicial com forte conteúdo moralizante, porque sustentado em valores particulares, e não por princípios compartilhados, o que termina por ameaçar a integridade do direito e transformar o juiz em protagonista político, confundindo o papel da Corte com o de um poder constituinte permanente⁴⁷⁸.

Noutro giro, há teóricos do Direito que buscam expressar as funções de um juiz constitucional e no agregado de um Tribunal Constitucional a partir de modelos e arquétipos. François Ost propõe uma tríade que descreve as transformações históricas e funcionais da magistratura: Júpiter, Hércules e Hermes⁴⁷⁹. O juiz Júpiter representa o modelo clássico do Estado legalista. Nesse sentido, o juiz atua como enunciador do sentido norma, aplicando regras gerais e abstratas emanadas de uma autoridade legislativa. Logo, desempenha a função da

⁴⁷⁷ BUSTAMANTE, Thomas. A triste história do juiz que acreditava ser Hércules. OMMATI, José Emílio Medauar (org.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 387-424.

⁴⁷⁸ BUSTAMANTE, Thomas; MEYER, Emílio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Luís Roberto Barroso's theory of constitutional adjudication: a philosophical reply. **The American Journal of Comparative Law**, v. 69, n. 4, p. 798-833, dez. 2021.

⁴⁷⁹ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. **DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho**, [S. l.], n. 14, p. 169-194, 1993.

autoridade e da certeza, ancorada na ideia de um sistema jurídico uno, completo e racional.

Por sua vez, o juiz Hércules corresponde ao giro realista do direito. Inspirado no seu homólogo pensado por Dworkin, trata-se do hermeneuta dotado de razão prática e de sensibilidade moral, construtor a partir de casos concretos da coerência do sistema jurídico. Sua função é hermenêutica e construtiva, porque o magistrado não se limita a aplicar a norma, mas busca produzir o direito por meio da ponderação de princípios e da busca da “resposta correta”.

Enfim, haveria o modelo de Hermes, um juiz mediador e pós-moderno. Inspirado em Hermes, figura grega mitológica responsável pela comunicação entre deuses e humanos, simboliza uma justiça em rede, plural, relacional e dialógica. O hermeneuta atua entre as partes, ao articular sentidos, circular discursos e promover consensos parciais. Possui, portanto, uma função mediadora e comunicativa, porquanto almeja garantir a legitimidade procedimental do direito e preserva o espaço público de deliberação. Logo, o direito deixa de ser um sistema fechado de normas ou decisões e passa a ser um processo contínuo de interpretação coletiva, caracterizado por um jogo de linguagem no qual todos os atores jurídicos participam da construção do sentido do Direito.

Com enfoque direto na Suprema Corte dos EUA, Sunstein também propõe uma tipologia de juízes baseada nas teorias de interpretação que os inspiram. Para explicar como as cortes constitucionais interpretam e aplicam a Constituição, propõe quatro arquétipos de juízes constitucionais: o herói, o soldado, o burkeano e o mudo. Cada *persona* traduz uma atitude institucional específica e uma concepção distinta da função de um Tribunal Constitucional no Estado Democrático de Direito⁴⁸⁰.

O juiz herói visualiza a Constituição como um instrumento de transformação social, pois está disposto a invocá-la sob uma perspectiva ambiciosa para inovar e promover mudanças sociais significativas. Isso se operacionaliza pela invalidação de leis e de políticas públicas em nome de princípios morais e direitos fundamentais.

O juiz soldado se coloca em campo diametralmente oposto, pois presta deferência às escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo, por acreditar que sua tarefa é cumprir ordens políticas e respeitar a vontade democrática. Nesse sentido, o juiz não deve substituir o juízo moral coletivo pelo seu próprio.

O juiz burkeano evita teorias abrangentes e mudanças radicais por meio de sentenças constitucionais, preferindo decisões incrementais baseadas na tradição e nos precedentes. Logo,

⁴⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. Nova York: Oxford University Press, 2015. SUNSTEIN, Cass R. Constitutional personae. **The Supreme Court Review**, v. 2013, n. 1, p. 433-460, jan. 2014.

tem como função conservar a estabilidade e a continuidade institucional, enquanto viabiliza o aperfeiçoamento gradual do Direito.

Por fim, o juiz mudo corresponde à virtude do silêncio judicial, à luz da teoria das virtudes passivas, porquanto busca evitar decisões precipitadas em temas politicamente divisivos. Para isso, recorre amiúde à teoria da autocontenção judicial e à doutrina da não justiciabilidade.

De acordo com sua teoria das funções relacionadas à Justiça Constitucional, Tavares descreve cinco eixos para explicar as funcionalidades comuns em todo Tribunal Constitucional⁴⁸¹. Inicia pela existência de uma função interpretativa, que se traduz na atividade de interpretação da Constituição pelo órgão judicial. O caráter normativo dessas decisões não subtrai ao Tribunal certo grau de criatividade na interpretação de normas constitucionais. Em sua visão, a função comporta subdivisão em principiológica, evolutiva e desenvolvimentista das liberdades públicas.

A segunda função consiste na estruturante, correspondente à adequação e à harmonização do ponto de vista formal do ordenamento jurídico, à luz de uma hierarquia normativa conforme a Constituição. Em seu bojo, encontra-se o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, tendo em conta que garante a hierarquia e a distribuição de competências entre órgãos e entidades pertencentes ao sistema político-constitucional⁴⁸².

Há, ainda, a função arbitral vertida na resolução de conflitos entre os poderes ou entidades constitucionais. Isso porque o Tribunal Constitucional atua como mediador das dissonâncias, de maneira a assegurar o equilíbrio do sistema. Os conflitos manifestam-se entre diversos atores, tais como poderes constituídos, proteção de minorias políticas e atritos envolvendo o próprio Tribunal Constitucional e os demais órgãos do sistema de Justiça, além do controle de partidos políticos e das entidades territoriais detentoras de autonomia constitucional. Logo, a decisão de matiz arbitral serve para eliminar o atrito e estabelecer limites constitucionais.

A quarta função denomina-se de legislativa, pois o Tribunal Constitucional desenvolve atividade que resulta na composição inaugural de comandos com efeitos gerais, diferenciando-se da função interpretativa pelo *status* equivalente ao legal assumido pela decisão. Nesse eixo, estão abrangidas as competências legislativas especificamente atribuídas pela Constituição, o

⁴⁸¹ TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006.

⁴⁸² TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 7, p. 167-180, abr./jun. 2009.

controle preventivo de constitucionalidade, o controle de omissões inconstitucionais e as decisões aditivas, redutoras e substitutivas.

No pensamento de Tavares, existe também uma função governativa, pois o Tribunal Constitucional envolve-se na direção do Estado e na persecução de seus fins primários, ao julgar leis e demais atos normativos. Pode-se notar no exercício de outras funções o caráter governativo assumido pelo Tribunal.

Em síntese, argumenta que a Justiça Constitucional, por meio do Tribunal Constitucional, desempenha uma variedade de funções que transcendem o controle de constitucionalidade das leis. Isso porque são as funções supramencionadas cruciais para a defesa e a efetividade da Constituição no Estado contemporâneo.

Como se pode observar, o tema das funções da Justiça Constitucional desenvolve-se com as mesmas dificuldades e subteorização constatadas por Tavares nos primeiros anos do século XXI. Nota-se, nessa linha, mais que uma constatação definitiva, de caráter quantitativo e com grande amostragem nos países componentes do sistema ONU, onde fosse possível constatar em toda casuística emanada da proliferação de sistemas de controle de constitucionalidade ao redor do mundo, o estado da arte da literatura apresenta-se interpretativo sob uma perspectiva qualitativa.

Sendo assim, torna-se interessante articular com uma função regulatória do Poder Judiciário no geral e dos Tribunais Constitucionais no particular, com enfoque na experiência brasileira e no STF. Verifica-se, a esse propósito, que os impactos das decisões judiciais no Poder Público e na própria vida social tornam-se progressivamente maiores e mais relevantes. Nessa linha, demonstra-se conveniente formular um enfoque de caráter funcional em relação à jurisdição constitucional.

3.2.1 Litigância regulatória pela via do Supremo Tribunal Federal

Como já visto, desde o nascedouro da Justiça Constitucional, existe uma forte interseção de seus afazeres com a regulação econômica e social realizada pelo Estado. O surgimento e a consolidação do Estado Administrativo obscureceram esse fato, diante da proeminência assumida por reguladores técnicos vocacionados especificamente ao tema. Porém, volta a fazer sentido rememorar e tratar do tema perante a intensa judicialização das políticas públicas e a difusão de modelos tonificados de jurisdição constitucional após o segundo pós-guerra.

Nesse sentido, a partir da experiência anglo-saxã, tornaram-se rotineiros desde a década de 1990 conceitos como, por exemplo, regulação através da litigância (*regulation through*

litigation)⁴⁸³, regulação pela litigância (*regulation by litigation*)⁴⁸⁴, litigância como regulação (*litigation as regulation*)⁴⁸⁵ e litigância regulatória (*regulatory litigation*)⁴⁸⁶. Todas descrevem a juridicização da regulação, sendo um processo de formalização em linguagem jurídica ou adquirir estatuto jurídico que se baseia na extensão do direito positivo para a regulamentação das relações sociais, *in casu* na dinâmica regulatória.

Como qualquer instrumento de política pública, a litigância possui forças e fraquezas e seu desempenho varia conforme o contexto em que é empregada (...) a partir de dois exemplos – a indústria de armas de fogo e os litígios acerca de abusos sexuais cometidos por membros do clero – o artigo evidencia seis maneiras distintas pelas quais a litigância influencia a elaboração de políticas públicas: (i) enquadrando os problemas em termos de falhas institucionais e da necessidade de reformas institucionais; (ii) gerando informações relevantes para políticas públicas; (iii) inserindo determinados temas nas agendas das instituições responsáveis por formular políticas; (iv) preenchendo lacunas nos esquemas regulatórios legislativos ou administrativos; (v) estimulando a autorregulação; e (vi) permitindo abordagens regulatórias diversas em diferentes jurisdições⁴⁸⁷.

A regulação por meio da litigância designa um cenário em que o processo civil de natureza cível é empregado de forma intencional para alcançar objetivos regulatórios ou de política pública, os quais normalmente seriam produzidos por meio de legislação ou regulação independente. Nessa linha, a litigância passa a ser usada não apenas para compensar vítimas e responsabilizar pecuniariamente por danos, mas também e principalmente para impor transformações amplas a setores econômicos inteiros. Logo, o litígio passa a funcionar como um instrumento de alteração regulatória.

Desse modo, há o uso estratégico de ações judiciais, usualmente coletivas ou plurindividuais, para alcançar mudanças de conduta e de política pública em determinados setores, tais como tabaco, armas de fogo, amianto, opioides, sobretudo quando o processo regulatório formal resta politicamente bloqueado ou burocraticamente lento. Buscam-se

⁴⁸³ SCHWARTZ, Victor E.; LORBER, Lead; DELONG, James V. **Regulation through litigation has begun: wat you can do to stop it**. Washington: National Legal Center for the Public Interest, 1999. VISCUSI, W. Kip. **Regulation through litigation**. Washington: Brookings Institution Press, 2002. LUFF, Patrick. Regulation firearms through litigation. **Connecticut Law Review**, v. 46, n. 4, p. 1581-1607, mai./2014.

⁴⁸⁴ FUNK, William. Regulation by litigation: not so bad? **Regulation & governance**, v. 5, n. 2, p. 275-285, jun. 2011. MORRISS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. **Regulation by litigation**. New Haven, Londres: Yale University Press, 2008.

⁴⁸⁵ COOK, Philip J.; LUDWIG, Jens. Litigation as regulation: firearms. VISCUSI, W. Kip. **Regulation through litigation**. Washington: Brookings Institution Press, 2002.

⁴⁸⁶ STRONG, S. I. Regulatory Litigation in the European Union: Does the U.S. Class Action have a New Analogue? **Notre Dame Law Review**, v. 88, p. 899-972, 2012. LUFF, Patrick. Risk regulation and regulatory litigation. **Rutgers Law Review**, v. 64, n. 1, p. 173-215, 2011.

⁴⁸⁷ LYTTON, Timothy D. Using Tort Litigation to Enhance Regulatory Policy Making: Evaluating Climate-Change Litigation in Light of Lessons from Gun-Industry and Clergy Sexual-Abuse Lawsuits. **Texas Law Review**, v. 86, p. 1837-1876, 2008, p. 1838.

acordos estruturais que, na prática, geram novas regras de conduta, ou seja, a litigância é empregada como substituto da regulação pelas vias legislativa e administrativa.

Por sua vez, a regulação pela litigância indica o cenário em que a forma pela qual os próprios atores governamentais, geralmente agências reguladoras e advogados públicos, fazem uso da via judicial na condição de instrumento de regulação, seja para fazer cumprir objetivos de política pública que extrapolam seu mandato legal, seja para estabelecer novas normas por meio de acordos e injunções. Nesses termos, verifica-se uma visão da litigância como estratégia administrativa de governança, e não mais limitada a uma resposta à insuficiência regulatória, por parte do Estado.

Igualmente, a litigância como regulação refere-se à pertinência da litigância na qualidade de instrumento dentro do ecossistema regulatório, pois molda incentivos, revela informações e modifica práticas setoriais, independente da intenção dos litigantes. Ainda que inexista a atuação regulatória consciente, percebem-se os efeitos das decisões judiciais em agregado, que são inegavelmente regulatórios sobre a conduta dos agentes econômicos. Nessa linha, cuida-se de descrever sob uma perspectiva analítico-econômica com enfoque na dissuasão, divulgação informacional e autocorreção setorial em face dos pronunciamentos do Estado-juiz.

A litigância regulatória refere-se ao uso de processos judiciais para preencher lacunas regulatórias ou alcançar fins regulatórios, em substituição ou em complemento à atuação legislativa ou administrativa. Assim, faz-se necessário que os tribunais, por meio de precedentes, imponham restrições de natureza regulatória aos agentes econômicos e sociais. De acordo com Luff, essa forma de regulação ganha importância quando as agências reguladoras são subfinanciadas, quando há incerteza quanto aos limites normativos ou quando surgem novos riscos que a regulação ainda não conseguiu enfrentar. Nesse contexto, o Poder Judiciário exerce uma função regulatória indireta, ao moldar comportamentos e padrões de conduta dos agentes, isto é, resultado típico da regulação. Sendo assim, a litigância é concebida como parte de um regime regulatório policêntrico, em que tribunais, agências e atores privados compartilham funções de governança econômica e social.

No Estado Regulatório brasileiro, constata-se a apropriação progressiva desses conceitos. Observa-se, a propósito, projetos e linhas de pesquisa destinados a descrever e avaliar criticamente as repercussões do Poder Judiciário nas políticas regulatórias, como, por exemplo,

na seara das telecomunicações⁴⁸⁸, de energia elétrica⁴⁸⁹, bancário⁴⁹⁰, entre outros.

No que toca especificamente ao direito à saúde, Aith identifica dois tipos de litigância. Primeiro, há o litígio direto pelo direito à saúde, que consistem em ações individuais e coletivas que visam obter de forma imediata prestações de saúde com base diretamente no texto constitucional. Segundo, existem litígios indiretos que se traduzem em ações contra a ANS, ANVISA e particulares, fundadas em normas infralegais e regulatórias, em que se discute a adequação, omissão ou abuso da regulação setorial⁴⁹¹.

Relativamente à ANS, percebe-se que a regulação e fiscalização realizadas pela agência mostram-se frágeis, como indica o recurso massivo de consumidores ao Judiciário e a taxa de êxito dessas demandas. Nelas, em geral, os magistrados impõem coberturas e obrigações além ou até mesmo contra as normas da ANS, bem como aplicam o Código de Defesa do Consumidor ao setor. Assim, de acordo com Aith, as decisões judiciais induzem a revisão e aprimoramento da regulação da ANS, alinhando-a ao direito fundamental à saúde.

Quanto à Anvisa, a situação é correlata, mas distinta, porquanto crescem as ações de empresas contra a agência reguladora, usualmente em face de multas, interdições, controle de preços, restrições a produtos. Nelas, o Poder Público possui uma taxa de êxito melhor, indicando maior deferência judicial, à luz do reconhecimento da complexidade técnica e dos riscos à saúde pública e do receio de danos graves decorrentes do afastamento das normas sanitárias. Contudo, também se encontram decisões pontuais relevantes, em matérias como publicidade infantil ou venda de medicamentos isentos de prescrição, nas quais o Judiciário dispõe-se a limitar ou reorientar a atuação da Anvisa. Logo, para Aith, os litígios servem tanto para reforçar a legitimidade regulatória quanto para que grupos econômicos contestem as escolhas da agência.

Por conseguinte, a judicialização das políticas públicas de saúde desempenha funções

⁴⁸⁸ FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 25-44, jan./abr. 2014. FERRAZ, Leslie Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos juizados especiais cíveis no Brasil. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

⁴⁸⁹ SAMPAIO, Patrícia; WADA, Ricardo Morishita. A regulação e o Judiciário: o caso do setor de eletricidade. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

⁴⁹⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. Crédito bancário e Judiciário: condutores institucionais da superlitigância. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

⁴⁹¹ AITH, Fernando. Agências reguladoras de saúde e Poder Judiciário no Brasil: uyma relação conflituosa e necessária para a garantia plena do direito à saúde. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

democráticas e regulatórias, dado que atuam como mecanismo de controle e responsabilização das agências reguladoras. Sob as melhores luzes, o Poder Judiciário exige fundamentação técnica e jurídica mais consistente, amplia a transparência e estimula a abertura do processo regulatório à sociedade civil, a profissionais de saúde, usuários e setores regulados. Lado outro, intervenções judiciais descoordenadas ou tecnicamente insuficientes podem comprometer o equilíbrio econômico-atuarial dos planos de saúde, elevar custos sistêmicos e impactar negativamente o acesso e a qualidade dos serviços. Além disso, litígios patrocinados por grupos econômicos poderosos podem instrumentalizar o Judiciário como via para fragilizar regulações protetivas, desconstituindo políticas públicas construídas em perspectiva técnico-sanitária. Soma-se a isso o perigo de fragmentação normativa e decisória, caso as decisões sejam casuísticas, desconectadas de uma visão sistêmica do SUS e do complexo regulatório em saúde.

Em estudo de Ribeiro e Hartmann, sugere-se que a judicialização do direito à saúde, no Brasil, ocasiona inovações institucionais, porquanto em face de sua intensidade autoridades públicas direta ou indiretamente ligadas ao sistema público buscaram minimizar os efeitos orçamentários desse fenômeno e diminuir o número de litígios. Citam como exemplos a criação de Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde e o Núcleo de Apoio Técnico à jurisdição⁴⁹².

Observa-se, ainda, na literatura jurídica estudos, especialmente dissertações e teses recentes, nas quais a litigância regulatória ocupa espaço relevante como conceito analítico-operativo. Por ilustração, Santos dedicou-se a compreender os efeitos regulatórios das ações coletivas⁴⁹³, conquanto Signorelli buscou correlacionar a atuação privada no antitruste em relação à regulação de plataformas digitais e o debate sobre regulação *ex ante* promovida pelas agências e controle *ex post* realizado pelas autoridades de defesa da concorrência⁴⁹⁴.

Por fim, tal como proposta nesta tese, a presença da funcionalidade regulatória nos Tribunais Constitucionais revela-se apresentado no cenário brasileiro por Lemos, especificamente no que toca à aplicação de deferência às agências reguladoras pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁹⁵. Em seara comparativa, sobretudo na

⁴⁹² RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar A. A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

⁴⁹³ SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. **Tutela coletiva e regulação econômica: o efeito regulatório das ações coletivas**. 2023. 300f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023. SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. **Litigância regulatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

⁴⁹⁴ SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. **Litigância regulatória antitruste**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

⁴⁹⁵ LEMOS, Eliza Victória Silva. **Litigância regulatória judicial e práticas decisórias dos tribunais superiores: uma análise da aplicação do conceito de deferência**. 2022. 135 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

governança multinível que marca a União Europeia, verifica-se o desempenho da função de vigilantes regulatórios (*regulatory watchdogs*) pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a Corte Europeia de Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁹⁶.

Com base nessa experiência, é digno observar que a efetividade da regulação pública econômica e social pode ser ampliada na hipótese de o direito ser adequadamente empregado como instrumento ativo de governança multinível⁴⁹⁷. Isso porque no âmbito da União Europeia a capacidade regulatória comunitária passou a se desenvolver por dois caminhos complementares, o judicial e o burocrático, haja vista o conjunto de constrições empíricas de um corpo burocrático reduzido (menos de 25 mil servidores) frente a uma população de quase meio bilhão de habitantes, bem como da resistência dos Estados-membros. No campo judicial, incentivou-se a judicialização da implementação das políticas públicas, transformando as cortes e autoridades nacionais em braços descentralizados de aplicação do direito europeu. Na seara burocrática, houve a criação de agências técnicas especializadas, com estrutura administrativa distribuída, voltadas à regulação de setores específicos da economia e da sociedade⁴⁹⁸.

Transpondo essa perspectiva para o caso brasileiro, sustenta-se que o STF, na qualidade de instância de coordenação federativa e racionalização, deve desempenhar sua função regulatória no sentido de assegurar o respeito aos postulados do Estado de Direito na atuação administrativa, especialmente no que se refere às garantias procedimentais e à observância do devido processo legal, que funcionam como contrapesos à discricionariedade técnica.

Na ADI 4.874⁴⁹⁹, o Tribunal reconheceu a constitucionalidade da competência normativa de agência reguladora no exercício da regulação setorial para editar atos gerais e abstratos, de caráter técnico. Na compreensão da Corte, referida competência faz-se necessária para a implementação de política nacional regulatória, fazendo-se respeitadora das molduras legais e constitucionais pertinentes à matéria regulada.

Ademais, a funcionalidade regulatória do STF deve torná-lo uma instância de regulação

⁴⁹⁶ POPELIER, Patricia *et al* (org.). **The role of constitutional courts in multilevel governance**. Cambridge: Intersentia, 2013.

⁴⁹⁷ KELEMEN, R. Daniel. Adversarial legalism and administrative law in European Union. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, L. Peter (eds.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

⁴⁹⁸ KELEMEN, R. Daniel. The Politics of Eurocracy: building a new european state? JABKO, Nicolas; PARSONS, Craig (eds.). **The State of the European Union: with US or against US? European trends in american perspective**. v. 7. Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁴⁹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874**, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 01.02.2018, Publ. em DJe 01.02.2019.

sucessiva⁵⁰⁰. Desse modo, deve-se deslocar o enfoque de uma perspectiva de supremacia judicial para a de diálogos constitucionais, notadamente vertida na cooperação entre instituições responsáveis pelo direito à saúde baseada na especialização técnica e nas capacidades institucionais.

Na ADI 5.501⁵⁰¹, o STF assentou, por maioria, a inconstitucionalidade da Lei federal 13.269/2016. Fruto do Projeto de Lei 4.639/2016, a norma criou um regime de exceção à regulação sanitária, autorizando a produção, distribuição e consumo da fosfoetilonamina sem a prévia comprovação de segurança e eficácia e independentemente de registro na Anvisa. A esse propósito, o Tribunal assentou que o legislador não pode substituir a análise técnica e científica que cabe às autoridades sanitárias competentes, sob pena de comprometer a segurança da política pública e expor a população a riscos imprevisíveis. Nesse sentido, a jurisdição constitucional contrabalanceou o poder político eleito, de modo a impedi-lo de flexibilizar critérios técnicos de controle sanitário, pois a substância mostrava-se desprovida de eficácia comprovada no tratamento de doenças cancerígenas.

Na ADI 5.779⁵⁰², cuidou-se de disposição congressional primeiro para sustar a regulação técnica da Anvisa e depois para substituí-la por seu próprio juízo político. Após a agência proibir, em 2011, o uso das substâncias anfepramona, femproporex e mazindol e restringir a sibutramina, o Congresso Nacional suspendeu o ato por meio de decreto legislativo e anos depois aprovou a Lei federal 13.454/2017, autorizando a produção e comercialização dos anorexígenos, substâncias destinadas a controlar a obesidade. No julgamento da ação objetiva, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, reconhecendo que o legislador não pode fragilizar os parâmetros mínimos de proteção à saúde pública. O Tribunal afirmou que a intervenção parlamentar configurou proteção insuficiente do direito fundamental à saúde, ao permitir o retorno ao mercado de medicamentos cujo risco superava o potencial terapêutico comprovado. Reafirmou-se, assim, a primazia da regulação técnico-científica das agências sobre decisões políticas desprovidas de evidências.

Em conjunto, as duas decisões demonstram a postura do STF de proteger o núcleo essencial do direito à saúde contra ingerências legislativas desprovidas de racionalidade

⁵⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Regulação sucessiva: quem tem a última palavra? Caso “pílula do câncer”: ADI no 5.501, STF. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

⁵⁰¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501**, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 26.10.2020, Publ. em DJe 01.12.2020.

⁵⁰² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.779**, Rel. Min. Nunes Marques, Red. p/ Ac. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 14.10.2021, Publ. Em DJe 23.02.2022.

técnico-sanitária, reconhecendo o espaço institucional das agências reguladoras como instâncias qualificadas de produção normativa no âmbito do Estado regulatório.

Sendo assim, o modelo de exercício da funcionalidade regulatória pelo STF deve combinar respeito à expertise regulatória com exigência de fundamentação pública e transparente. Com isso, almeja-se garantir o equilíbrio entre a autonomia técnica das agências e o controle democrático de suas decisões. Defende-se, portanto, que o reconhecimento da competência normativa das agências técnicas para regular uma plêiade de setores estratégicos da economia deve vir acompanhado de mecanismos equilibrados de controle institucional.

3.2.2 O debate sobre o controle de segunda ordem em seara regulatória

Desde os inícios dos anos 2000, parcela da literatura administrativista tem se perguntado sobre a conveniência e a adequação de o Tribunal de Contas da União exercer controle externo sobre atos regulatórios das agências independentes, sob a alcunha de controle de segunda ordem. Conforme destacado por Tavares, quanto ao Tribunal Constitucional, existe um problema inafastável na autocompetência, isto é, na função que determinado órgão constitucional possui para definir suas próprias funções: “isso significa a função implícita de declarar em causa própria, se é sua ou não determinada tarefa que lhe seja apresentada”⁵⁰³. Ademais, ao decidir sobre a competência de outros tribunais, o órgão de cúpula termina por decidir, *a contrario sensu*, os próprios limites da sua própria.

No que diz respeito ao TCU, embora caiba ao STF a competência de controlar suas decisões mediante mandado de segurança ou mesmo por ações objetivas de controle concentrado, tornou-se corriqueiro na doutrina administrativista apontar a existência de um fenômeno conhecido como espécie do gênero ativismo de contas. Dito de forma direta, o TCU tenderia a praticar ativismo, ao extrapolar suas competências constitucionais, afirmando-se competente para decidir questões alheias à sua alçada⁵⁰⁴.

O chamado “controle de segunda ordem” traduz-se em uma categoria de controle externo criada pelo próprio repertório jurisprudencial do TCU para se referir à atuação de um órgão de controle sobre a atividade fiscalizatória de outro órgão ou entidade que também exerce função de controle, como as agências reguladoras, o CADE, a CVM, o Banco Central. Nessa linha, trata-se do monitoramento do funcionamento das agências reguladoras, não de suas decisões de

⁵⁰³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 215.

⁵⁰⁴ CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, n. 16, a. 5, p. 215-257, jan./mar. 2021.

mérito. Na experiência europeia, costuma-se falar em um controle meta-regulatório, pois visa avaliar a qualidade, a governança e a eficiência da regulação, sem intervir em seu conteúdo técnico.

A partir do Acórdão TCU 1.703/2004, cuja relatoria coube ao Ministro Benjamin Zymler, a Corte passou a admitir a si mesmo o controle de segunda ordem. Nessa dicção, pode o TCU fiscalizar a atuação das agências enquanto instituições de Estado, mas não o mérito das decisões regulatórias. Caberia ao órgão de contas fiscalizar a legalidade, a eficiência e a economicidade da atuação das agências, sem substituí-las. Em suma, é uma diretriz que no discurso prega a autocontenção e o respeito à discricionariedade técnica, dado que se verte num controle sobre o funcionamento do controle, não sobre seu conteúdo.

Os próprios ministros da Corte esmeraram-se, em sede doutrinária, para justificar essa possibilidade de controle e apontar condições e limites para realizá-lo. Já em 2022, Zymler argumentava em prol dos parâmetros por si defendidos, quando oportuno, no julgado plenário⁵⁰⁵. De modo mais contundente, Rodrigues pauta-se na possibilidade de controle da discricionariedade administrativa, inclusive técnica, e na abrangência das falhas consideradas pelo TCU no *leading case* para justificar a doutrina:

Ao proceder à fiscalização das atividades fins das agências reguladoras, o Tribunal não pretende substituir-se aos órgãos que controla, pois aí o controlador se transmudaria em regulador; não pode estabelecer o conteúdo do ato regulatório, que vai ser editado pelo órgão competente, nem impor a adoção das medidas que considerar adequadas, salvo quando verificadas considerações de legalidade, erros, ou a omissão da autarquia em dar fiel cumprimento à lei.

(...)

Assim, a atuação do TCU, coibindo, por um lado, comportamentos arbitrários e injustificáveis por parte do regulador, e, por outro, estimulando a ação do Estado, contribui para o apropriado funcionamento das instituições.

Ao invés de atentar contra o modelo, essa atuação assegura-lhe o adequado funcionamento, impedindo, na medida do possível, dentro de sua específica competência de fiscalização operacional, o abuso, o arbítrio, o erro⁵⁰⁶.

Porém, dispensando-se aqui uma reconstrução da evolução desse entendimento ao longo de mais de duas décadas, a literatura passou a criticar o uso retórico do controle de segunda ordem. De acordo com Sundfeld e Rosilho, em diversos casos, a despeito de afirmar, em abstrato, não lhe caber controlar o mérito das decisões das agências, o TCU estaria, na prática, tomando decisões interventivas, em substituição ao regulador. As intervenções de maior

⁵⁰⁵ ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 2, n. 11, p. 3-7, 2002.

⁵⁰⁶ RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 105, p. 5-16, abr./jun. 2005, p. 14-15.

intensidade derivam do exercício de controles prévios, da equiparação dos efeitos de recomendações determinações, do questionamento sobre as motivações do regulador e de argumentos vagamente lastreados em normas jurídicas indeterminadas. Para os autores, “admitir que o controlador de contas, a pretexto de fiscalizar, altere o conteúdo de decisão puramente administrativa, regulatória, sem conexão direta com finanças públicas (...) seria transformá-lo em revisor geral da administração pública”⁵⁰⁷.

Em relevante perquirição empírica de Ferreira, observa-se que existe uma relação entre a governança de uma agência regulatória e a intensidade do controle do TCU, como comumente é sugerido, porém outros fatores são igualmente relevantes, tais como a relevância econômica e social do setor e o “conhecimento acumulado” da Corte de Contas em certas áreas. Em termos quantitativos, não há uma tendência de crescimento do controle do TCU sobre as agências reguladoras, sendo, na verdade, constante e concentrada nas agências do setor de infraestrutura. Constata-se, ainda, uma atuação seletiva sobre as atividades-fim das agências, com destaque para a análise prévia de estudos de modelagem e editais de concessões⁵⁰⁸.

Também foi possível considerar algumas das hipóteses já levantadas pela literatura. O conceito de controle de segunda ordem continua distante de alguma sistematização que ofereça maior previsibilidade para as agências e os setores regulados. O discurso de autocontenção do tribunal não é observado na prática com exceção de casos pontuais. Com maior ou menor intensidade o TCU se apresenta como instância regulatória revisora de todas o sistema regulatório criando ônus de justificação para que os agentes façam suas escolhas sempre que o tribunal discorda, independente de uma irregularidade ter sido demonstrada ou não. Foi observado também que as propostas de encaminhamento da unidade técnica em geral possuem um grau de intervenção maior do que o relatório final aprovado pela Corte, indicando que os Ministros moderam a intensidade do controle a depender do tipo de ato sendo controlado e de quem é o destinatário dele⁵⁰⁹.

Visitado o candente debate a respeito do controle do TCU sobre as agências reguladoras federais, argumenta-se pelo elevado potencial dessa atuação gerar insegurança regulatória, dupla cadeia decisória e erosão da legitimidade técnica das agências. Ademais, a própria distorção da racionalidade própria do Estado Regulatório pode ser afetada. Portanto, defende-se a inconveniência da extensão desse conceito ao campo jurisdicional, dado que o Judiciário não ostenta competência ou capacidade para a realização de meta-controle institucional,

⁵⁰⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A regulação e o controle de contas. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 28, e85225, 2023.

⁵⁰⁸ FERREIRA, Rafael Felizardo. **Intensidade do controle e governança**: um (possível) padrão de comportamento do TCU no controle das agências reguladoras. 2024. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2024.

⁵⁰⁹ Ibid., p. 100.

devendo-se centrar no julgamento da validade jurídica e do dever de proporcionalidade das decisões regulatórias.

3.3 Recorte processual e o desenvolvimento do processo constitucional

O campo da judicialização da saúde foi um dos mais afetados pela evolução do processo constitucional no STF em específico e no Poder Judiciário em geral. Nesse cenário, sob a vigência da Constituição de 1988, apostou-se fortemente na efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado-juiz. Constata-se, a esse propósito, a relevância da noção processual, que, na verdade, expressa-se melhor por uma multiplicidade de processos constitucionais:

O maior círculo envolve todos os processos nos quais se aplica, direta ou indiretamente, a Constituição, englobando praticamente toda a atividade dos órgãos estatais (processo constitucional no sentido amplíssimo).

O segundo círculo inclui tão somente os tipos de processo indicados e, pelo menos parcialmente, regulamentados pela Constituição (processo constitucional no sentido amplo).

O terceiro círculo seleciona entre os processos regulamentados pela Constituição os instrumentos legais que objetivam garantir a supremacia da Constituição, verificando a regularidade da produção de normas infraconstitucionais (processo constitucional no sentido estrito)⁵¹⁰.

Dentro dessa lógica, observou-se profundo acréscimo quantitativo das demandas judiciais relacionadas às reivindicações sociais em matéria sanitária. Igualmente relevante consiste na distinção do perfil qualitativo de acordo com as abordagens e tipos de processo. Na terminologia de Lucon, que concebe processos individuais, coletivos e estruturais⁵¹¹, é possível diferenciar os momentos de litigância regulatória no fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo Poder Público.

De início, verificou-se que a falta de efetividade do direito à saúde converteu-se rapidamente em uma judicialização excessiva, segundo Barroso⁵¹². Dito de outra forma, o Estado-juiz passou a ser, em alguma medida, fator de descoordenação e desvirtuamento das políticas sociais e econômicas na promoção, prevenção e recuperação da saúde, sob uma perspectiva de atomização dos litígios em face da Fazenda Pública.

⁵¹⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 34-35.

⁵¹¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Conexão, continência, litispendência: relação entre demandas no processo individual, coletivo e estrutural**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

⁵¹² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-62, nov./dez. 2007.

Marco do esgarçamento das possibilidades institucionais do Poder Judiciário em endereçar o problema da saúde público segundo lógica tradicional de processos individuais certamente foi a Audiência Pública nº 4 do STF, em abril e maio de 2009, a respeito da judicialização do direito à saúde, nos termos do art. 196 da Constituição, a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público. Tratou-se de uma iniciativa do então Presidente da Corte, o Ministro Gilmar Mendes, no âmbito de uma dezena de suspensões liminares, de segurança e de tutela antecipada.

Em pesquisa acadêmica antecedente, já se perfectibilizou cotejo entre a litigância individual e a judicialização coletiva na experiência do direito sanitário brasileiro⁵¹³. Naquela oportunidade, verificou-se que a doutrina tradicional entende que a judicialização dos direitos sociais busca proteger indivíduos em situação de vulnerabilidade econômica, funcionando como uma atuação contramajoritária do Judiciário. Contudo, estudos mais recentes revelam que essa prática, na realidade, favorece desproporcionalmente as classes mais abastadas. Conforme David Landau, embora a judicialização devesse priorizar os mais pobres, ela acaba por beneficiar os economicamente privilegiados, em razão do enfoque individual das decisões judiciais e da hesitação dos juízes em interferir nas políticas públicas de forma mais ampla⁵¹⁴. Quanto à experiência pátria, Ferraz é taxativo no sentido de descrever que os tribunais tem decidido ações de direitos sociais em uma perspectiva individualizada, ocasiando, assim, problemas de justiça distributiva em prejuízo dos cidadãos mais hipossuficientes⁵¹⁵.

Nessa linha, compreende-se que por permitir acesso mais facilitado à justiça a quem tem maior conhecimento e recursos, a litigância individual contribui para a desestruturação administrativa e para o desvio de recursos públicos que deveriam ser destinados à coletividade. Sarmiento critica esse fenômeno ao compará-lo a um “Robin Hood às avessas”, no qual a classe média obtém benefícios individuais às custas de políticas públicas voltadas aos mais necessitados⁵¹⁶.

Frente a esse cenário, cresce em seara doutrinária a defesa da tutela coletiva como

⁵¹³ FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 118-131.

⁵¹⁴ LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, p. 189-247, 2012.

⁵¹⁵ FERRAZ, Otávio L. Motta. Health inequalities, rights, and courts: The social impact of the “judicialization of health” in Brazil. YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (org.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?** Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 87.

⁵¹⁶ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2007, p. 211-212.

alternativa mais eficiente e equitativa para a proteção dos direitos fundamentais sociais, especialmente no campo da saúde. Ao contrário das individuais, as ações coletivas possuem efeitos mais amplos e visam proteger interesses difusos e coletivos, conforme conceitua o Código de Defesa do Consumidor.

A título de formular parâmetros para a atuação judicial nesse campo, em sede doutrinal supracitada, Barroso sustenta que, em ações individuais, a atuação judicial deve se limitar à garantia de medicamentos já listados pelo SUS, dado que essas listas refletem decisões baseadas em critérios técnicos e democráticos. No entanto, admite-se exceção quando a política pública se mostra ineficaz no caso concreto, sendo cabível uma intervenção judicial mais incisiva, desde que fundamentada em provas e argumentos sólidos.

No campo jurisprudencial, especificamente no deslinde da conhecida STA-AgR 175⁵¹⁷, o Ministro Gilmar Mendes terminou por reforçar essa ideia ao defender a primazia dos tratamentos disponíveis no SUS, desde que sua eficácia não seja questionada no caso concreto. Na ocasião, distinguiu ainda entre medicamentos experimentais (cujo fornecimento é vedado) e aqueles com eficácia comprovada, mas sem registro na ANVISA. O STF admite exceções em casos de demora injustificada da agência, desde que atendidos critérios rigorosos, como a existência de pedido de registro no Brasil e aprovação por agências estrangeiras renomadas.

Logo, é viável compreender que a adequada instrução processual demonstra-se essencial para garantir decisões judiciais responsivas e proporcionais. Embora a tutela coletiva seja preferível, nem sempre se mostra viável, especialmente em litígios envolvendo direitos individuais não homogêneos. Nesses casos, a via individual permanece legítima, desde que respeitados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da concordância prática.

É possível, portanto, concluir que a atuação judicial no campo da saúde exige ponderação entre micro e macrojustiça. A via coletiva oferece melhores condições para avaliar o impacto global das decisões, além de promover isonomia e planejamento estatal mais eficaz. Assim, as ações coletivas não devem substituir, mas sim complementar as demandas individuais, contribuindo para um sistema mais justo e equilibrado.

Na atualidade, é possível observar nova tendência no que diz respeito à judicialização da saúde perante o STF, que se verte nos processos estruturais. O conceito representa uma das evoluções mais significativas do direito processual constitucional contemporâneo. Referidos processos distinguem-se por terem como objeto a reorganização institucional do Estado Administrativo necessária à concretização de direitos fundamentais, especialmente em

⁵¹⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175**, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), j. 17.03.2010, Publ. Em Dje 30.04.2010.

contextos de violações sistêmicas e persistentes aos direitos fundamentais. Sua origem remonta ao direito norte-americano, particularmente ao histórico julgamento *Brown v. Board of Education* (1954), em que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas. A partir desse marco, difundiu-se a ideia de que o Judiciário, diante de violações estruturais, não pode se limitar a sentenças declaratórias, devendo promover mudanças institucionais graduais e monitoradas, aptas a alterar a realidade social subjacente à violação.

O modelo clássico do processo civil, centrado na lógica binária do litígio entre autor e réu, mostrou-se insuficiente para lidar com problemas de natureza complexa e coletiva. Passou-se a perceber que demandas que envolve, por exemplo, o colapso do sistema penitenciário, a falta de acesso à saúde e as crises ambientais, não se conformam à lógica dicotômica da procedência ou improcedência do pedido.

Assim, os processos estruturais emergiram como um instrumento voltado à gestão da complexidade, permitindo ao Judiciário atuar de forma contínua, adaptativa e cooperativa. Decerto, a atuação pressupõe a presença de múltiplos atores, v.g. Poder Executivo, Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos burocráticos e sociedade civil, operando sob um arranjo interinstitucional e dialógico.

Arenhart, Jobim e Osna identificam algumas características fundamentais dos processos estruturais, especialmente a complexidade, a multipolaridade, a recomposição institucional e a prospectividade⁵¹⁸. De início, há uma violação estrutural de direitos fundamentais, cuja solução demanda medidas institucionais coordenadas. O processo assume caráter multipolar, com a presença de diversos sujeitos com interesses potencialmente divergentes. Além disso, as decisões são progressivas e em camadas, estruturadas em fases sucessivas e sujeitas a monitoramento contínuo. Por fim, o procedimento é atípico e flexível, orientado pela necessidade de efetividade, e não pela rigidez formal.

A Constituição de 1988 fornece sólida base para a legitimação desses processos. O art. 5º, XXXV, garante a inafastabilidade da jurisdição, enquanto as cláusulas de proteção dos direitos fundamentais impõem ao Judiciário o dever de assegurar a efetividade material desses direitos. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 reforça essa tendência ao conferir ao juiz poderes de conformação, como se vê nos arts. 139, IV, e 536, bem como ao consagrar a cooperação processual e a atipicidade das medidas executivas. Sendo assim, essa moldura normativa consagra o processo como instrumento de realização constitucional, reafirmando que

⁵¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 61-96.

a forma processual deve servir à tutela do direito material. Segundo Vitorelli, o fundamento legal para as reformas estruturais encontra-se na LINDB, sobretudo no art. 20 que autoriza as instâncias judiciais a controlarem as consequências de suas decisões em face da discricionariedade presente na atividade administrativa⁵¹⁹.

Historicamente, os processos estruturais se consolidaram em momentos de crise institucional, quando o Estado se mostrou incapaz de cumprir suas funções essenciais. Casos paradigmáticos, como o *Brown v. Board of Education* e, mais tarde, decisões sobre prisões e escolas nos Estados Unidos, ilustram a passagem do Judiciário de um papel meramente declaratório para uma função coordenadora e reformadora. Ao desenvolver o conceito de *structural reform litigation*, Fiss sustentou que a jurisdição deve ser compreendida como instrumento de reconstrução institucional, em que o juiz supervisiona a implementação das decisões até que o sistema volte a operar de modo compatível com os valores constitucionais⁵²⁰.

Esse modelo foi gradualmente incorporado a outros sistemas jurídicos. Na Colômbia, o conceito de estado de coisas inconstitucional consolidou uma prática jurisdicional voltada a enfrentar deficiências sistêmicas do sistema prisional, da saúde e da moradia. Na Índia e na África do Sul, tribunais constitucionais também assumiram postura proativa diante de desigualdades estruturais, articulando decisões abertas e prospectivas. Na Argentina, o caso *Mendoza* (Bacia Matanza-Riachuelo) tornou-se exemplo emblemático de processo judicial voltado à despoluição ambiental com forte componente de coordenação interinstitucional. No Brasil, experiências como as da ADPF 347 (sistema penitenciário), ADPF 742 (proteção de comunidades quilombolas durante a pandemia), o caso Supervia (acessibilidade) e as ações relacionadas às barragens da Vale e da Samarco evidenciam que o Supremo Tribunal Federal e demais instâncias já reconhecem a natureza estrutural de certas controvérsias⁵²¹.

A discussão sobre os limites da atuação judicial é inevitável. Críticas ao ativismo judicial apontam o risco de substituição indevida das funções políticas e administrativas. Contudo, o processo estrutural não deve ser confundido com voluntarismo judicial. Seu fundamento repousa na cooperação e no diálogo institucional. O juiz não age como gestor direto de políticas públicas, mas como articulador de soluções, promovendo *accountability* e fundamentação qualificada. Sua legitimidade deriva não da vontade popular, mas da qualidade

⁵¹⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 6 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2025, p. 127-133.

⁵²⁰ FISS, Owen. **A origem do processo estrutural: the civil rights injunction**. Trad. Edilson Vitorelli. Salvador: Editora Juspodvm, 2026.

⁵²¹ ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

deliberativa da decisão e de sua abertura à participação social.

O desenvolvimento dos processos estruturais no Brasil reflete, portanto, uma mudança paradigmática no papel do Poder Judiciário. De mero aplicador de normas, o juiz passa a ser um gestor de processos democráticos de reconstrução institucional, sem perder de vista a separação dos poderes. Assim, o processo deixa de ser simples mecanismo de resolução de conflitos para se tornar espaço de governança pública e de transformação social.

Diante da ambição da categoria processual, a literatura jurídica brasileira recente passou a dedicar volumosa atenção ao fenômeno no geral⁵²² ou em suas formas particulares de

⁵²² Em seara de dissertações e teses defendidas no último quadriênio de avaliação dos programas de pós-graduação em direito no Brasil, pode-se citar: DOMINGOS, Pedro Luiz de Andrade. **Processos Estruturantes no Brasil: origem, conceito e desenvolvimento**. 2019. 231f. Dissertação (Mestrado em Processo, Justiça e Constituição) – Universidade Federal do Espírito Santo, UFES. SANTANA, Felipe Augusto Viégas Alves e. **Reformas estruturais e o estado de coisas inconstitucional**. 2019. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. **Experimento jurisdicional de reestruturação: descrição e justificação**. 2022. 497 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. RODRIGUES, Diego de Ávila. **A utilização de órgãos auxiliares do juízo como instrumento de participação em processos estruturais: um estudo sobre a câmara judicial de proteção de Lagoa da Conceição em Florianópolis**. 2022. 135f. Dissertação (Mestrado em tutelas à efetivação de direitos indisponíveis) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2022. MALVEZZI, Thais Stefano. **A democratização do acesso à jurisdição constitucional concentrada como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio dos processos estruturais**. 2023. 112 f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2023. OLIVEIRA, Lilian Zucolote de. **Processo estrutural como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores no Brasil**. 2023. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023. SOUZA JUNIOR, Joaquim Ribeiro de. **Processos estruturais e o Ministério Público**. 2022. 184f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. BASTOS, Alberto Luiz Hanemann. **Processos estruturais em matéria previdenciária: por uma releitura das interações travadas entre o judiciário e o Instituto Nacional do Seguro Social**. 2023. 328f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2023. VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. 244f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2019. SOARES, Elisianne Campos de Melo. **Jurisdição democrática, processos estruturais em litígios de direito privado e justiça multiportas**. 2021. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021. PEDROSA, Juliana Mendes. **A comunicação nos processos estruturais: um diálogo com o caso de Mariana**. 2024. 235f. Dissertação (Mestrado profissional em Direito e Poder Judiciário) – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, 2024. VENTURELLI, Caroline de Camargo Silva. **Processos estruturais: alternativa prestacional para limitar o ativismo judicial**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. **Entre o diálogo e o monólogo institucional nos processos estruturais: limites e possibilidades para a proteção dos direitos socioeconômicos e culturais na perspectiva comparada no Sul global**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021. GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. 2019. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2019. ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Processo estrutural e direito dos desastres: dever estatal de prevenção e o paradigma das calamidades hidrológicas**. 2023. 347f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023. NASCIMENTO, Renan Teixeira de Mello do. **Objeto do processo e o processo estrutural**. 2022. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. MARINHO, Carolina Martins. **Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana**. 2018. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

explicitação, como é o caso do estado de coisas inconstitucional colombiano⁵²³ ou do compromisso significativo sul-africano⁵²⁴. No campo da saúde pública, a situação não se mostrou distinta, tendo em vista o esgotamento da litigância marcada pelo individualismo e o apontamento de nova forma de atuação do Poder Judiciário de caráter estrutural⁵²⁵.

3.3.1 Estudo de caso: temas 6 e 1234 da repercussão geral

No pensamento de Marques, torna-se possível identificar uma série de instrumentos jurisdicionais inovadores com aptidão não só para reduzir custos na resolução de conflitos diante de um cenário de escassez de recursos públicos, mas também aportar perspectivas de concretização do direito à saúde na experiência brasileira contemporânea⁵²⁶. A experiência da sistemática da repercussão geral em matéria sanitária certamente é uma das inovações promovidas em seara de Justiça Constitucional.

Nesse sentido, o cenário desenhado a partir do julgamento conjunto dos Temas 6 e 1234

⁵²³ COSTA, Tiago Magalhães. **Estado de coisas inconstitucional: origem nos processos estruturais estrangeiros e desenvolvimento no Brasil**. 2023. 82 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. NUNES, Douglas Schauerhuber. **A crise no sistema carcerário brasileiro: do estado de coisas inconstitucional aos processos estruturais**. 2023. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2023. FREITAS, Quellen Cristina de Souza. **Processos estruturais: uma análise da técnica decisória estrutural à luz do Estado de Coisas Inconstitucional**. 2023. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023. Minhoto, Vinicius Marinho. **O estado de coisas inconstitucional e os processos estruturais**. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024. LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. **Dos diálogos institucionais aos processos estruturais: uma proposta frente ao Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2022.

⁵²⁴ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil**. 2021. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. BARROSO, Isabela Araújo. **Processos estruturais no âmbito do STF: uma análise a partir das experiências do estado de coisas inconstitucional e do compromisso significativo**. 2024. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

⁵²⁵ COELHO, Tiago Lopes *et al.* A propriedade intelectual na judicialização da assistência farmacêutica: uma demanda estrutural em defesa do Sistema Único de Saúde. **Saúde e Sociedade**, v. 30, n. 1, p. e190781, 2021. BARROS, Felipe Azevedo. **Medidas estruturais para a racionalização da judicialização da saúde: experiências práticas e proposta de reunião de demandas para julgamento**. 2024. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2024. SOUSA, Lucas Leal. **A aplicação da teoria dos processos estruturais nas demandas judiciais sobre saúde pública e as ferramentas correlatas de atuação da Procuradoria Geral do Estado do Tocantins**. 2023.145f. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2023. BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider van der; KOZICKI, Katya. Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 5, n. Especial, p. 137–173, 2025.

⁵²⁶ MARQUES, Kassio Nunes. **Política judiciária no fornecimento de medicamentos de alto custo no Brasil em um ambiente de crise e de políticas de austeridade fiscal: teoria, experiência e perspectivas**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Salamanca, Programa de Doutorado Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Salamanca, 2020, p. 257-282.

sob o rito da repercussão geral apontou nova alternativa para o encaminhamento da judicialização da saúde. Isso porque torna-se viável ao Supremo Tribunal Federal desenvolver, mediante a gramática de conflitos jurídicos dos processos estruturais, parâmetros de concessão de tratamentos e fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde. Tratando-se de experiência em andamento, o reporte e as considerações ora tecidas possuem o condão da provisoriedade. Contudo, a reflexão de caráter acadêmico demonstra-se imprescindível, tendo em vista as repercussões antevistas pela formação de ambos precedentes constitucionais.

Consoante ao pensamento de Marinoni, o Judiciário brasileiro comporta uma feição singular, uma vez que todo e qualquer juiz ou tribunal possui competência e capacidade para desempenhar o controle de constitucionalidade de atos do Poder Público, além de um robusto sistema de controle concentrado. Nesse contexto, sob pena de incorrer-se em severo risco de dissenso entre juízes ou mesmo facções jurisprudenciais na terminologia de Cappelletti, demonstra-se indispensável a existência de precedentes obrigatórios ou da eficácia vinculante advinda dos pronunciamentos da mais alta Corte do país. Ainda, compreende-se que pelo próprio *status* assumido pela hermenêutica atinente à Constituição de 1988, regida por objeto e metodologia próprios, o precedente constitucional em um sistema difuso não se viabiliza com eficácia restrita às partes litigantes⁵²⁷.

O Tema 6 teve origem em recurso extraordinário interposto pela Fazenda Pública em face de decisão que obrigara o Estado a fornecer medicamento não registrado nas listas do SUS. A controvérsia da repercussão geral consistiu em definir se e em quais condições o Poder Judiciário pode determinar a concessão de medicamentos não incorporados ao sistema, por força do art. 196 do texto constitucional.

Relatado originariamente pelo Ministro Marco Aurélio, o caso-líder tivera seu julgamento de mérito concluído no ano de 2020, com negativa de provimento ao recurso. No entanto, restou pendente a fixação da tese de julgamento, nos termos do art. 1.035, §11, do CPC. Nessa ocasião, fruto de um pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, os autos foram retomados ao Plenário no ano de 2021, quando se atrelou a parte pendente com o deslinde do Tema 1.234, relativo à competência e ao custeio das demandas por medicamentos não incorporados.

Nesse contexto, o STF promoveu diálogo interfederativo e constituiu Comissão Especial com representantes da União, estados, municípios e sociedade civil, cujos debates resultaram em acordos autocompositivos sobre competência jurisdicional e administrativa,

⁵²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 939-955.

custeio e ressarcimento. Assim, a Corte passou a compreender o Tema 6 como parte de um processo estrutural de governança interinstitucional, buscando uniformizar a atuação judicial e administrativa no fornecimento de medicamentos.

Conclui-se, por conseguinte, que a concessão judicial de medicamentos não incorporados ao SUS é viável apenas em caráter excepcional, sendo necessária a observância de três premissas centrais. Primeira, a escassez de recursos públicos e a necessidade de eficiência de políticas públicas, assim reconheceu-se que a saúde pública deve observar critérios de racionalidade e limitação orçamentária, cabendo às instâncias técnicas e políticas definir prioridades de alocação de recursos. A judicialização excessiva compromete a eficiência e a sustentabilidade do SUS.

Segunda premissa refere-se à igualdade no acesso à saúde por todo corpo cívico. Dessa maneira, devem ser evitadas ou coibidas decisões judiciais individuais podem favorecer determinados pacientes em detrimento da coletividade, violando o princípio da universalidade e o desenho igualitário do sistema público.

Terceira premissa reside no respeito à expertise técnica e à medicina baseada em evidências, pois o Judiciário deve exercer deferência às avaliações da Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS), que detém competência técnico-científica para analisar eficácia, segurança e custo-efetividade dos medicamentos.

Quanto ao mérito do julgamento, o Ministro Marco Aurélio assentou a inviabilidade de imposição judicial irrestrita de fornecimento de medicamentos não registrados nas listas do SUS, tendo em vista o dever do Estado de formular políticas públicas de forma universal e impessoal. A propósito, considerou que o direito à saúde deve ser interpretado em harmonia com a capacidade financeira e a isonomia entre os usuários. Defendeu, porém, a possibilidade de fornecimento em situações de comprovada urgência vital e inexistência de alternativa terapêutica, propondo critérios objetivos para tanto.

Por sua vez, o Redator para acórdão, o Ministro Luís Roberto Barroso, deteve-se na fixação de parâmetros concretos para o deferimento judicial nos casos em tela. Propôs que o medicamento deve ter registro na Anvisa; deve haver comprovação de necessidade clínica e ausência de substituto terapêutico incorporado; deve ser comprovada a incapacidade financeira do paciente; e o fabricante não pode ser fornecedor exclusivo no exterior, salvo se houver importação excepcional autorizada. Nesses termos, o voto predominante consolidou a tese da excepcionalidade qualificada dessas decisões judiciais, com base na racionalização da judicialização e na deferência às instâncias técnicas.

Na condição de Vistor, revela-se importante também considerar os argumentos traçados

pelo Ministro Gilmar Mendes, especialmente sobre o *ethos* da Corte nesse cenário. Isso porque destacou o papel do Supremo como coordenador de política pública estrutural, e não apenas como julgador de casos individuais. Inspirado em modelos de structural litigation, propôs mecanismos de monitoramento e diálogo interinstitucional para reduzir a litigiosidade. Enfatizou que o fornecimento judicial de medicamentos deve se integrar a uma governança cooperativa entre entes federativos, a exemplo do acordo construído no âmbito da Comissão Especial. O voto reforçou a necessidade de um arranjo interfederativo estável, com mecanismos de compensação financeira e gestão integrada em matéria de saúde pública.

Fixou-se, por fim, a seguinte tese de julgamento:

1. A ausência de inclusão de medicamento nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde - SUS (RENAME, RESME, REMUME, entre outras) impede, como regra geral, o fornecimento do fármaco por decisão judicial, independentemente do custo.
2. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos, cujo ônus probatório incumbe ao autor da ação:
 - (a) negativa de fornecimento do medicamento na via administrativa, nos termos do item “4” do Tema 1.234 da repercussão geral;
 - (b) ilegalidade do ato de não incorporação do medicamento pela Conitec, ausência de pedido de incorporação ou da mora na sua apreciação, tendo em vista os prazos e critérios previstos nos artigos 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646/2011;
 - (c) impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas;
 - (d) comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, necessariamente respaldadas por evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise;
 - (e) imprescindibilidade clínica do tratamento, comprovada mediante laudo médico fundamentado, descrevendo inclusive qual o tratamento já realizado; e
 - (f) incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento.
3. Sob pena de nulidade da decisão judicial, nos termos do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, e artigo 927, inciso III, § 1º, ambos do Código de Processo Civil, o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente:
 - (a) analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo de não incorporação pela Conitec ou da negativa de fornecimento da via administrativa, à luz das circunstâncias do caso concreto e da legislação de regência, especialmente a política pública do SUS, não sendo possível a incursão no mérito do ato administrativo;
 - (b) aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, previstos no item 2, a partir da prévia consulta ao Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), sempre que disponível na respectiva jurisdição, ou a entes ou pessoas com expertise técnica na área, não podendo fundamentar a sua decisão unicamente em prescrição, relatório ou laudo médico juntado aos autos pelo autor da ação; e
 - (c) no caso de deferimento judicial do fármaco, oficializar aos órgãos competentes para avaliarem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.

Noutro giro, o Tema 1.234 debruçou-se sobre a legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de

medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde – SUS. Igualmente, referido caso pode ser visualizado como ilustração paradigmática de governança judicial colaborativa em matéria de saúde pública, bem como do desenho estrutural, via sentença constitucional, da organização de competências, custeio e fluxos decisórios.

O caso nasce da controvérsia sobre legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal nas demandas envolvendo medicamentos registrados na ANVISA, mas não incorporados ao SUS. Em vez de resolver a questão apenas por via adjudicatória tradicional, o STF instaura processo dialógico, ao criar uma Comissão Especial com participação da União, Estados, DF, Municípios e instituições do sistema de justiça, com o objetivo de produzir uma solução interfederativa estável para a judicialização da assistência farmacêutica.

Os debates resultaram em três acordos interfederativos, parcialmente homologados pelo Tribunal, que passam a orientar a atuação administrativa e judicial em matéria de medicamentos incorporados e não incorporados.

No mérito, o STF estruturou quatro eixos centrais de raciocínio: (i) definição de competência jurisdicional; (ii) repartição do custeio e mecanismos de ressarcimento; (iii) parâmetros de controle judicial dos atos administrativos de não incorporação/indeferimento; e (iv) criação de instrumentos estruturais de coordenação, com destaque para a plataforma nacional de informações.

No eixo da competência, a Corte fixou critério objetivo para as demandas relativas a medicamentos não incorporados, desde que registrados na ANVISA. Para determinar a competência jurisdicional, separou ações de acordo com o custo anual do tratamento. Em seguida, o Tribunal esclareceu a categoria de “medicamentos não incorporados”, abrangendo, reafirmando-se o Tema 500 da repercussão geral. Assim, proveu à comunidade jurídica uma base conceitual sobre a qual se articulam competência, custeio e controle judicial, reduzindo controvérsias fragmentadas nos tribunais.

O eixo do custeio revelou com mais nitidez o caráter estrutural do julgamento, porquanto transformaram o precedente em verdadeira arquitetura interfederativa de financiamento, orientada à racionalização da judicialização e à previsibilidade orçamentária, conectando diretamente a decisão judicial às engrenagens administrativas do SUS.

No eixo do controle judicial, o STF densificou os deveres de fundamentação e deferência institucional. Ao analisar pedidos de medicamentos não incorporados, entendeu que o magistrado deve obrigatoriamente considerar, sob pena de nulidade, o ato administrativo de não incorporação pela Conitec e a negativa administrativa específica no caso concreto, em

diálogo com os critérios de política pública pactuados. O controle judicial é definido como controle de legalidade e de regularidade procedimental, à luz da teoria dos motivos determinantes, vedada incursão ampla no mérito administrativo, embora se admita aferição da veracidade e legitimidade dos motivos invocados. Além disso, impõe-se ao autor o ônus de demonstrar, com base em medicina baseada em evidências, segurança, eficácia e inexistência de substituto terapêutico incorporado, alinhando-se à orientação já consolidada, v.g. STA 175-AgR.

Outrossim, foi alinhavada a criação de Plataforma Nacional de Informações de todos os entes federativos, em governança colaborativa com o Poder Judiciário, com centralização de todas as informações relativas às demandas administrativas e judiciais de acesso a fármaco, de fácil consulta e informação ao cidadão, na qual constarão dados básicos para possibilitar a análise e eventual resolução administrativa, além de posterior controle judicial.

As diretrizes receberam voz de imperatividade mais marcante com a edição da Súmula Vinculante nº 61, que dispôs: *“A concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde, deve observar as teses firmadas no julgamento do Tema 6 da Repercussão Geral (RE 566.471)”*.

Com efeito, o Tema 1234 funcionalizou-se como peça complementar ao Tema 6. Isso porque enquanto este delimita as condições materiais excepcionais para concessão de medicamentos não incorporados, aquele fornece a engrenagem procedimental-estrutural, mormente no que toca à competência, custeio e análise do ato administrativo, para que essas decisões sejam proferidas de forma coordenada.

Além do mais, densificou a orientação de solidariedade interfederativa na assistência à saúde, porém condicionada por política de ressarcimento, a partir do esquadro de competências e fiscalizada pelo Poder Judiciário, que já houvera sido assinalada pelo STF no Tema 793, a ver: *“Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”*.

Para além de múltiplas teses de julgamento⁵²⁸, o STF ainda propôs a cristalização do

⁵²⁸ I - Competência. 1) Para fins de fixação de competência, as demandas relativas a medicamentos não incorporados na política pública do SUS e medicamentos oncológicos, ambos com registro na ANVISA, tramitarão perante a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, quando o valor do tratamento anual específico do fármaco ou do princípio ativo, com base no Preço Máximo de Venda do Governo (PMVG – situado na alíquota zero), divulgado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED - Lei 10.742/2003),

for igual ou superior ao valor de 210 salários mínimos, na forma do art. 292 do CPC. 1.1) Existindo mais de um medicamento do mesmo princípio ativo e não sendo solicitado um fármaco específico, considera-se, para efeito de competência, aquele listado no menor valor na lista CMED (PMVG, situado na alíquota zero). 1.2) No caso de inexistir valor fixado na lista CMED, considera-se o valor do tratamento anual do medicamento solicitado na demanda, podendo o magistrado, em caso de impugnação pela parte requerida, solicitar auxílio à CMED, na forma do art. 7º da Lei 10.742/2003. 1.3) Caso inexistir resposta em tempo hábil da CMED, o juiz analisará de acordo com o orçamento trazido pela parte autora. 1.4) No caso de cumulação de pedidos, para fins de competência, será considerado apenas o valor do(s) medicamento(s) não incorporado(s) que deverá(ão) ser somado(s), independentemente da existência de cumulação alternativa de outros pedidos envolvendo obrigação de fazer, pagar ou de entregar coisa certa.

II - Definição de Medicamentos Não Incorporados. 2.1) Consideram-se medicamentos não incorporados aqueles que não constam na política pública do SUS; medicamentos previstos nos PCDTs para outras finalidades; medicamentos sem registro na ANVISA; e medicamentos off label sem PCDT ou que não integrem listas do componente básico. 2.1.1) Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na tese fixada no tema 500 da sistemática da repercussão geral, é mantida a competência da Justiça Federal em relação às ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, as quais deverão necessariamente ser propostas em face da União, observadas as especificidades já definidas no aludido tema.

III - Custeio. 3) As ações de fornecimento de medicamentos incorporados ou não incorporados, que se inserirem na competência da Justiça Federal, serão custeadas integralmente pela União, cabendo, em caso de haver condenação supletiva dos Estados e do Distrito Federal, o ressarcimento integral pela União, via repasses Fundo a Fundo (FNS ao FES), na situação de ocorrer redirecionamento pela impossibilidade de cumprimento por aquela, a ser implementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instância tripartite, no prazo de até 90 dias. 3.1) Figurando somente a União no polo passivo, cabe ao magistrado, se necessário, promover a inclusão do Estado ou Município para possibilitar o cumprimento efetivo da decisão, o que não importará em responsabilidade financeira nem em ônus de sucumbência, devendo ser realizado o ressarcimento pela via acima indicada em caso de eventual custo financeiro ser arcado pelos referidos entes. 3.2) Na determinação judicial de fornecimento do medicamento, o magistrado deverá estabelecer que o valor de venda do medicamento seja limitado ao preço com desconto, proposto no processo de incorporação na Conitec (se for o caso, considerando o venire contra factum proprium/tu quoque e observado o índice de reajuste anual de preço de medicamentos definido pela CMED), ou valor já praticado pelo ente em compra pública, aquele que seja identificado como menor valor, tal como previsto na parte final do art. 9º na Recomendação 146, de 28.11.2023, do CNJ. Sob nenhuma hipótese, poderá haver pagamento judicial às pessoas físicas/jurídicas acima descritas em valor superior ao teto do PMVG, devendo ser operacionalizado pela serventia judicial junto ao fabricante ou distribuidor. 3.3) As ações que permanecerem na Justiça Estadual e cuidarem de medicamentos não incorporados, as quais impuserem condenações aos Estados e Municípios, serão ressarcidas pela União, via repasses Fundo a Fundo (FNS ao FES ou ao FMS). Figurando somente um dos entes no polo passivo, cabe ao magistrado, se necessário, promover a inclusão do outro para possibilitar o cumprimento efetivo da decisão. 3.3.1) O ressarcimento descrito no item 3.3 ocorrerá no percentual de 65% (sessenta e cinco por cento) dos desembolsos decorrentes de condenações oriundas de ações cujo valor da causa seja superior a 7 (sete) e inferior a 210 (duzentos e dez) salários mínimos, a ser implementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instância tripartite, no prazo de até 90 dias. 3.4) Para fins de ressarcimento interfederativo, quanto aos medicamentos para tratamento oncológico, as ações ajuizadas previamente a 10 de junho de 2024 serão ressarcidas pela União na proporção de 80% (oitenta por cento) do valor total pago por Estados e por Municípios, independentemente do trânsito em julgado da decisão, a ser implementado mediante ato do Ministério da Saúde, previamente pactuado em instância tripartite, no prazo de até 90 dias. O ressarcimento para os casos posteriores a 10 de junho de 2024 deverá ser pactuado na CIT, no mesmo prazo.

IV - Análise judicial do ato administrativo de indeferimento de medicamento pelo SUS. 4) Sob pena de nulidade do ato jurisdicional (art. 489, § 1º, V e VI, c/c art. 927, III, § 1º, ambos do CPC), o Poder Judiciário, ao apreciar pedido de concessão de medicamentos não incorporados, deverá obrigatoriamente analisar o ato administrativo comissivo ou omissivo da não incorporação pela Conitec e da negativa de fornecimento na via administrativa, tal como acordado entre os Entes Federativos em autocomposição no Supremo Tribunal Federal. 4.1) No exercício do controle de legalidade, o Poder Judiciário não pode substituir a vontade do administrador, mas tão somente verificar se o ato administrativo específico daquele caso concreto está em conformidade com as balizas presentes na Constituição Federal, na legislação de regência e na política pública no SUS. 4.2) A análise jurisdicional do ato administrativo que indefere o fornecimento de medicamento não incorporado restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato de não incorporação e do ato administrativo questionado, à luz do controle de legalidade e da teoria dos motivos determinantes, não sendo possível incursão no mérito administrativo, ressalvada a cognição do ato administrativo discricionário, o qual se vincula à existência, à veracidade e à legitimidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público

entendimento, por meio da publicação de súmula vinculante número 60, sintetizando a obrigatoriedade de observância dos acordos interfederativos e fluxos homologados no Tema 1234, reforçando o efeito normativo-estrutural do precedente sobre toda a judicialização da assistência farmacêutica.⁵²⁹

De saída, é possível formular raciocínio crítico ao robusto e complexo julgamento proferido pelo STF em matéria de saúde pública. De um lado, procede a argumentação de Marinoni em relação à formulação de teses de julgamento na sistemática da repercussão geral⁵³⁰, embora não se desconheça a defesa, em sede prático-doutrinária, dessa prática⁵³¹. Segundo aquele, a tese é um resumo que tenta, mas não consegue, descrever as razões de decidir

aos seus termos. 4.3) Tratando-se de medicamento não incorporado, é do autor da ação o ônus de demonstrar, com fundamento na Medicina Baseada em Evidências, a segurança e a eficácia do fármaco, bem como a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS. 4.4) Conforme decisão da STA 175-AgR, não basta a simples alegação de necessidade do medicamento, mesmo que acompanhada de relatório médico, sendo necessária a demonstração de que a opinião do profissional encontra respaldo em evidências científicas de alto nível, ou seja, unicamente ensaios clínicos randomizados, revisão sistemática ou meta-análise.

V - Plataforma Nacional. 5) Os Entes Federativos, em governança colaborativa com o Poder Judiciário, implementarão uma plataforma nacional que centralize todas as informações relativas às demandas administrativas e judiciais de acesso a fármaco, de fácil consulta e informação ao cidadão, na qual constarão dados básicos para possibilitar a análise e eventual resolução administrativa, além de posterior controle judicial. 5.1) A porta de ingresso à plataforma será via prescrições eletrônicas, devidamente certificadas, possibilitando o controle ético da prescrição, a posteriori, mediante ofício do Ente Federativo ao respectivo conselho profissional. 5.2) A plataforma nacional visa a orientar todos os atores ligados ao sistema público de saúde, possibilitando a eficiência da análise pelo Poder Público e compartilhamento de informações com o Poder Judiciário, mediante a criação de fluxos de atendimento diferenciado, a depender de a solicitação estar ou não incluída na política pública de assistência farmacêutica do SUS e de acordo com os fluxos administrativos aprovados pelos próprios Entes Federativos em autocomposição. 5.3) A plataforma, entre outras medidas, deverá identificar quem é o responsável pelo custeio e fornecimento administrativo entre os Entes Federativos, com base nas responsabilidades e fluxos definidos em autocomposição entre todos os Entes Federativos, além de possibilitar o monitoramento dos pacientes beneficiários de decisões judiciais, com permissão de consulta virtual dos dados centralizados nacionalmente, pela simples consulta pelo CPF, nome de medicamento, CID, entre outros, com a observância da Lei Geral de Proteção de Dados e demais legislações quanto ao tratamento de dados pessoais sensíveis. 5.4) O serviço de saúde cujo profissional prescrever medicamento não incorporado ao SUS deverá assumir a responsabilidade contínua pelo acompanhamento clínico do paciente, apresentando, periodicamente, relatório atualizado do estado clínico do paciente, com informações detalhadas sobre o progresso do tratamento, incluindo melhorias, estabilizações ou deteriorações no estado de saúde do paciente, assim como qualquer mudança relevante no plano terapêutico.

VI - Medicamentos incorporados. 6) Em relação aos medicamentos incorporados, conforme conceituação estabelecida no âmbito da Comissão Especial e constante do Anexo I, os Entes concordam em seguir o fluxo administrativo e judicial detalhado no Anexo I, inclusive em relação à competência judicial para apreciação das demandas e forma de ressarcimento entre os Entes, quando devido. 6.1) A(o) magistrada(o) deverá determinar o fornecimento em face de qual ente público deve prestá-lo (União, estado, Distrito Federal ou Município), nas hipóteses previstas no próprio fluxo acordado pelos Entes Federativos, anexados ao presente acórdão.

⁵²⁹ O pedido e a análise administrativos de fármacos na rede pública de saúde, a judicialização do caso, bem ainda seus desdobramentos (administrativos e jurisdicionais), devem observar os termos dos 3 (três) acordos interfederativos (e seus fluxos) homologados pelo Supremo Tribunal Federal, em governança judicial colaborativa, no tema 1.234 da sistemática da repercussão geral RE 1.366.243.

⁵³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 962-968.

⁵³¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da Agu**, v. 15, n. 3, 2016. MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de teses. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set./dez. 2019.

do recurso, porque não se vale de qualquer critério apto a identificar racionalmente o que realmente foi sustentado pelos julgados. Nesse sentido, não há dúvidas de que as teses de julgamento facilitam a compreensão do resultado do julgamento, porém sua abstração ocasiona críticas sobre o caráter praticamente legislativo do procedimento.

Ademais, a própria edição de súmulas vinculantes em julgados inéditos e complexos tem alta probabilidade de ocasionar confusões no processamento de demandas em todo sistema de Justiça e contestações prematuras, uma vez que o enunciado sumular admite como objeto atos administrativos da Administração Pública. Logo, é razoável questionar a própria capacidade institucional do STF em controlar *pari passu* a aplicabilidade de seu precedente constitucional pelo Estado Administrativo nas três esferas da Federação.

Nesse sentido, pode-se concluir que existe uma tendência de tratar globalmente os litígios e as controvérsias constitucionais relacionadas à saúde pública por meio dos processos estruturais. Diante disso, demonstra-se inexorável o acompanhamento, seja no contexto prático-forense, seja na senda acadêmico-doutrinária.

É de concluir, entretanto, que os rumos da judicialização da saúde são alvissareiros com o encontro das técnicas estruturais de resolução dos conflitos pelo Supremo Tribunal Federal, a indicar, como nunca antes havia acontecido com o paradigma da litigância individual e coletiva tradicional, um controle judicial equilibrado, contido, porém efetivo, fundamentado e racionalizado do Estado Administrativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linha conclusiva, é possível compendiar sinteticamente as principais ideias desenvolvidas nesta pesquisa, a partir das proposições objetivas abaixo:

- a) Após o desenvolvimento do constitucionalismo liberal e social, o neoconstitucionalismo surge nos ambientes acadêmicos europeus, especialmente espanhol e italiano, com rápida recepção no contexto latino-americano e brasileiro, a partir das lições de vários autores como Susanna Pozzolo e Miguel Carbonell, no cenário estrangeiro, e Luís Roberto Barroso, no nacional. Para este último, tal paradigma funciona como marco histórico indicador do Estado Constitucional, contendo como arcabouço jusfilosófico o movimento do pós-positivismo e teoria centrada na normatividade da Constituição, envolta por um novo modelo hermenêutico e pela expansão das responsabilidades e protagonismo do Judiciário em geral e da jurisdição constitucional em específico.
- b) Embora o neoconstitucionalismo ainda seja marcado por uma certa imprecisão conceitual, dada a heterogeneidade das premissas teóricas da categoria e a própria multiplicidade e diferenças dos autores associados ao movimento, pode ser de maneira razoavelmente uniforme caracterizado pelo i) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e sua valorização no mecanismo de aplicação do Direito; ii) rejeição ao formalismo e abertura a recursos mais abertos de lógica jurídica, como a ponderação, tópica, teorias da argumentação, entre outros; iii) constitucionalização do Direito como um todo, com irradiação das normas constitucionais para todos os cantos do ordenamento jurídico; iv) reaproximação entre o Direito e a Moral; e v) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário
- c) Sem desconhecer suas vicissitudes e críticas, o neoconstitucionalismo funciona como válvula de pesquisa e análise de objeto encampado pela tese até mesmo para embasar a ênfase que concede à efetivação judicial do direito fundamental à saúde, até para fins de controle amplo de juridicidade das decisões administrativas e políticas na matéria, o que gera maior atenção à justificação jurídica formulada por juízes constitucionais.
- d) Historicamente, o direito à saúde foi tratado de forma insuficiente e esparsa nos mais variados períodos históricos da vida nacional. Ao final do império, o país registrava a fama de ser um dos países mais insalubres do mundo. Na primeira república, embora

tenha havido a difusão do saber médico e campanhas importantes no enfrentamento de graves doenças, a saúde ainda era tratada como favor estatal, marcada pela lógica previdenciária, filantrópica ou liberal, configurando-se apenas impropriamente como uma responsabilidade estatal em si. Após, apesar de avanços como a criação dos Ministérios da Educação e Saúde Pública, com ações de combate às doenças, e do Trabalho, incumbido, entre outras coisas, da medicina previdenciária, a saúde pública de uma banda remanesceu de caráter preventivo e conduzido por meios de campanhas e, de outra, de caráter exclusivamente curativo, gerido pela ação dos institutos de previdência.

- e) Com o período militar, houve a unificação organizacional no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em 1966, com prestígio à assistência médica aos trabalhadores formais contribuintes e, em 1977, deu-se a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social composto por três órgãos, dentre os quais o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), por sua vez voltado aos serviços de assistência médica. Com isso, restou clara a atribuição do Ministério da Previdência pautada na assistência médica e do Ministério da Saúde para a medicina preventiva.
- f) Por isso, durante meio século, a prestação do serviço público de saúde adquiriu aspecto elitizado privado ou público de caráter contributivo e previdenciário-trabalhista, ou seja, só era prestado ao trabalhador em sentido estrito, seja por vínculos trabalhistas ou previdenciários, ou a quem detinha condições econômicas para arcar com os custos dos planos privados.
- g) No plano jurídico, as referências constitucionais à saúde eram encontradas apenas sobre regras a respeito de distribuição de competências executivas e legislativas ou à tutela de algum direito mais específico dos trabalhadores.
- h) O quadro ensejou exclusão social e consequente insatisfação popular criando o ambiente perfeito para a tentativa de reformulação da concepção do direito à saúde. O maior exemplo disso foi a criação, a partir da década de 1970, do Movimento Brasileiro de Reforma Sanitária, já com o claro escopo de refutar o modelo assistencialista sanitário e defender a universalização e democratização da saúde enquanto direito fundamental. Na década seguinte, o MBRS conquistou representatividade política fornecendo o lançamento de candidaturas eleitorais em torno de suas bandeiras e organizando encontros para aglutinar os interesses e preocupações dos principais atores do tema, valendo destacar a VIII Conferência Nacional de Saúde do qual resultaram

conquistas essenciais à construção da ideia ao direito fundamental à saúde, tais como a saúde como direito, reformulação do sistema nacional de saúde e financiamento setorial. Daí defluiu a gênese do Sistema Único de Saúde com a incorporação desse ideário às Diretas Já e o atendimento de muitas reivindicações na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88.

- i) Desde a dinâmica de tradução dos riscos da saúde pública ao universo jurídico, o direito sanitário envolve a regulação de todas ações e serviços de interesse à saúde, dado que esses têm a aptidão para representar um perigo sanitário. Composto pelo conjunto de normas que tenham como preocupação precípua o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo numa comunidade, a saúde apresenta uma dimensão individual e outra coletiva. Assim, o direito sanitário é composto por três indicadores básicos: i) é um ramo do Direito do Direito composto por um conjunto sistematizado de normas jurídicas, vigentes e válidas no Brasil, (ii) um conjunto harmônico de regras e princípios jurídicos e (iii) tem por pressuposto a legitimidade jurídica e social.
- j) A Constituição de 1988 revolucionou o trato jurídico do assunto não apenas se limitando a reconhecer a saúde como direito prestacional humano fundamental, em seus arts. 6º e 196, mas também estabelecendo os princípios, as diretrizes, as instituições e os objetivos que devem reger à sociedade na busca desta aspiração humana. O art. 6º consagrou a saúde como direito fundamental social básico, como fruto da passagem do Estado liberal burguês para o Estado social que se convolou em Estado Constitucional de Direito. Isto evidenciou o crescimento da regulação estatal sobre ações e serviços de interesse à saúde, ao passo que a consolidação desse ramo jurídico pode ser creditada ao tratamento específico da Saúde na Seção II do Capítulo II do Título VIII da Constituição de 1988 (arts. 196 a 200), com especial destaque à criação do Sistema Único de Saúde e à possibilidade da prestação de serviços de saúde privados a título complementar.
- k) A constitucionalização do direito advinda do paradigma neoconstitucional advoga um movimento centrípedo da legislação infraconstitucional ao texto constitucional e um movimento do centrígrafo do texto constitucional à legislação infraconstitucional, em um processo que vem sendo designado de ubiquidade constitucional. Isto foi fundamental para a autonomia e especialização do direito sanitário frente ao direito administrativo geral com a absorção dessa ideologia pela Constituição Federal de 1988.
- l) Nada obstante, conjuntamente à multiplicidade de setores do direito sanitário e às suas origens na Constituição de 1988, a operacionalização do conjunto unitário e sistêmico

de normas jurídicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde devem muito à Administração Pública, por sua vez informada pelo Direito Administrativo e suas características, crises e viradas metodológicas. Por isso, o direito sanitário é regido por intensa interdisciplinariedade, mas possui autonomia, evidenciando-se como uma das maiores novidades da Constituição de 1988.

- m) Ao se situar como direito fundamental, a saúde assume todas as características e multifuncionalidade dessa condição, constituindo-se como direito subjetivo judicialmente reivindicável. Para além disso, o direito fundamental à saúde também ostenta dimensão objetiva que estabelece tanto deveres de proteção da saúde pessoal e pública e de conotação organizatória e procedimental, sendo exemplo disso o Sistema Único de Saúde (SUS), organizado com diretrizes, fontes de financiamento e competências constitucionalmente próprios, ou seja, funciona como verdadeira garantia institucional.
- n) Ainda como corolário da feição objetiva do direito fundamental à saúde, tem-se que suas ações e serviços são concebidos como espécie de atividade econômica submetida à ação regulatória do Estado, plenamente submetida a um conjunto principiológico de comandos constitucionais orientados à garantia de direitos fundamentais dos cidadãos, o que afasta a premissa de submissão do agir governamental a um conjunto discricionário de escolhas de política econômica.
- o) A ideia de uma função estatal regulatória em um contexto de complexidade das relações sociais e de uma administração pública premida por escolhas e decisões difíceis depende do ideal do Estado de Direito, de um flanco, e, de outro, de certo deslocamento normativo das instâncias legislativas para as executivas e judiciais com o objetivo primordial de guardar equilíbrio entre a eficiência na execução das políticas públicas sociais e a concretização de direitos fundamentais, mediante a entrega de bens e a prestação de serviços ao corpo cívico.
- p) A realização do direito fundamental à saúde, mediante atos regulatórios, demanda perquirição mais aguda da divisão funcional de poderes inerente a este tipo de tarefa. A doutrina da separação dos poderes surgiu remotamente com Aristóteles e Políbio e foi aperfeiçoada por Locke, Rousseau e principalmente Montesquieu, como forma de rompimento dos arranjos sociais e políticos anteriormente existentes. Com sua evolução, o princípio da separação ganhou contornos diferentes no continente europeu em relação aos Estados Unidos, pois no primeiro caso deu-se prevalência a um Estado de legislação parlamentar e no segundo a um protagonismo maior do Judiciário em uma

espécie de Estado de jurisdição executor de constituição. Seja como for, a separação de poderes tem sido tradicionalmente compreendida em três sentidos: i) como preceito para divisão organizacional das diferentes partes das funções do Estado (legislar, executar e judicar) e a ausência de concentração de poderes em apenas uma instituição a evitar abusos e tirania; ii) como freios e contrapesos entre todas as instituições e agentes políticos com base na ideia de que o poder freia o poder; iii) como barreira à usurpação de poderes.

- q) Com a falência do Estado liberal burguês, o avanço do Estado social e a complexificação das relações sociais, o modelo de legislação estrita cedeu espaço à ideia do Estado como uma entidade regulatória a produzir normas e resoluções complementares ou até substitutivas da legislação tradicional, atraindo o dilema da flexibilidade normativa necessária a responder á rapidez das demandas sociais e a imperatividade da limitação dos poderes, isto é, do equilíbrio entre eficiência administrativa e controle jurídico. Este Estado regulador é controlado juridicamente por uma hermenêutica constitucional sofisticada que opõe os sentidos de constitucionalidade/legalidade e regularação estatal
- r) A par do tradicional debate entre supremacia judicial x supremacia legislativa/executiva na formulação da palavra derradeira sobre os sentidos constitucionais, na qual se inclui o problema da judicialização da saúde, a moderna teoria dos diálogos institucionais promove, em média, uma melhor solução para este tipo de tensão porque basicamente promove pluralismo e democracia dentro do emprego de esforços diante de instituições diversamente representativas; melhora a contenção do exercício arbitrário do poder estatal reduzindo a oportunidade de atuação unilateral dos poderes; forja decisões mais qualificadas diante de sua circularidade procedimental a revelar um melhor processo de concretização constitucional. Isto não implica no abandono completo do modelo de supremacia que, em certos casos, faz-se necessário.
- s) No âmbito do direito à saúde, a teoria dos dialogos institucionais tem mostrado resultados profícuos como a criação do Fórum Nacional da Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça e audiências públicas chamadas pelo Judiciário antes da resolução de problemas na matéria, como aconteceu nos Temas nº 6 e 1234 do STF. No campo regulatório brasileiro, as agências reguladoras, inclusive as de saúde, tem exibido diálogo com o Legislativo e o Executivo e, em relação ao Judiciário, isto tem se verificado na atuação de juízes como árbitros da relação dessas entidades com outros

atores institucionais e definidores da moldura regulatória dessas unidades, com ênfase na função fiscalizatória e com a indicação de um crivo revisional dos atos administrativos.

- t) Desde o seu início, os Estados Unidos da América viram na estruturação da forma federativa de estado e de um correspondente Judiciário Federal elementos centrais no desenvolvimento de seu reconhecido constitucionalismo até chegar em sua novidadeira e conhecida fórmula de controle de constitucionalidade. Já o Estado Administrativo também assumiu sistemática própria na realidade daquele país, sendo composto por um corpo de agências do Poder Executivo, comissões regulatórias e instituições burocráticas, com significativo poder normativo, adjudicatório e executivo que implementam o Direito na prática e também o conformam. Este construto foi forjado desde o momento da elaboração da Constituição americana, até a posterior fundação da Administração Pública com a profissionalização do funcionalismo e a fundação efetiva a partir do contexto do *New Deal* em que os poderes da Administração Pública se agigantaram, o que trouxe dificuldades para traçar seus limites constitucionais e gerou certas tensões entre os Poderes constituídos e as agências reguladoras independentes.
- u) Com efeito, o ponto fino para dirimir tensões neste campo é a busca de limites entre política e Administração. A função política é responsável por formular políticas públicas e expressar a vontade popular e a função administrativa se encarrega de executar as políticas formuladas segundo valores de neutralidade, eficiência e profissionalismo. Este controle é substancialmente feito por análise de juridicidade pelo Estado-Juiz da atuação administrativa, fazendo-se relevante o estudo da intensidade e formatação sofridas nesse particular ambiente norte-americano dentro de diversas análises teóricas diferentes.
- v) Dworkin, por exemplo, com seus pensamentos de direito como fator de integridade e do Juiz Hércules aposta em uma interpretação jurídica mais ambiciosa e valorativa calcada na ideia de protagonismo judicial e em uma ideia de visão ativa da Corte Suprema, sem pretender cair no que reputa abominável ativismo. Por sua vez, Waldron restabelece o sentido de dignidade da legislação na relação da política com o jurídico, opondo-se enfaticamente à colocação do Judiciário como intérprete primário da ordem constitucional e protetor dos direitos constitucionais, pautado na prevalência do parlamento da resolução de controversias constitucionais relativas a princípios e direitos. Vermeule, a seu turno, defende o modelo do Estado Administrativo ao

consignar que as referências legais abnegaram parcela de seu poder para as agências por estarem mais equipadas para o mister, o que gera deferência voluntária focada em princípios de coerência lógica e competência institucional e um grau de interferência reduzida e limitada do Judiciário sobre a consecução das políticas públicas, a exemplo do que se estabeleceu na chamada doutrina Chevron. Já na dicção de Cass Sunstein, as agências reguladoras independentes são essenciais para a governança estatal atual, mas devem operar dentro de uma rede de responsabilização interinstitucional guiada pela racionalidade da análise de custo-benefício e por uma formulação de políticas pautadas por direitos. Ocorre que a experiência tem mostrado riscos de captura institucional das agências por interesses privados a demandar a realização de um controle judicial rigoroso e congressual de monitoramento das escolhas regulatórias em um espírito de coordenação dos Poderes na fiscalização da tomada de decisões regulatórias. Sendo assim, percebe-se correntemente nos esforços teóricos de Sunstein, o afã de humanizar a regulação sem abrir mão do rigor técnico e da responsabilidade política que caracterizam o Estado Regulatório.

- w) Fortes na ideia de moralidade interna de Fuller, Sunstein e Vermeule sublinham que a Suprema Corte Americana tem aliado esta ideia com a autoridade de salvaguardas procedimentais e argumentação consistente na tomada de decisões pelas agências. Dito de outra forma, o Tribunal tem optado por essas garantias em prol do reforço de valores do Estado de Direito de maneira a guiar e restringir o poder administrativo, sem, no entanto, invalidá-lo. Para os professores, isso significa a priorização de uma abordagem fullariana e pragmática voltada a preconizar clareza, razoabilidade e consistência no agir administrativo, funcionando como importante aspecto de equilíbrio e controle judicial dos atos administrativos.
- x) A sindicabilidade judicial das decisões regulatórias é inevitável a bem da legitimidade democrática e do equilíbrio de poderes. No ponto, é necessária uma calibragem fina entre controle e deferência do Estado-Juiz às decisões das agências, especialmente no ramo do direito sanitário. Sendo assim, é imprescindível a construção de parâmetros decisórios transparentes que assegurem racionalidade, valendo ressaltar: a salvaguarda da autoridade técnica das agências e a capacidade dialógica do Judiciário; a salvaguarda do espaço institucional da função estatal regulatória; a salvaguarda do devido processo legal formal e substancial; a salvaguarda do exame de consequências e das capacidades institucionais no sistema constitucional regulatório.
- y) A Constituição brasileira de 1988 acompanhou a tendência da exigibilidade judicial

dos direitos fundamentais de prestação atribuindo ao Supremo Tribunal Federal o papel de seu guardião, inclusive quanto à temática da saúde. Nessa perspectiva e para não extravasar as possibilidades dessa missão, sua legitimidade reside na capacidade do Tribunal de decidir com base em critérios técnicos e científicos sobre políticas públicas e regulação econômica, bem como pela necessária deferência às instâncias administrativas especializadas, como a CONITEC, o SUS, a Anvisa, a ANS, dentre outras, em matéria de saúde. Para tal, o STF encontra importantes exemplos comparados no caminho de deferência institucional e autocontenção judicial a exemplo do que operado pela Corte Constitucional Sul-Africana.

- z) No direito à saúde, percebe-se dois tipos de litigância. No primeiro, ações individuais e coletivas são propostas como forma de obter imediatamente prestações de saúde com base diretamente no texto constitucional. Na segunda, litígios indiretos são traduzidos em pretensões contra a ANS, ANVISA e particulares, fundadas em normas infralegais e regulatórias, em que se discute adequação, omissão ou abuso da regulação setorial. No caso da ANS, decisões judiciais impõe coberturas e obrigações que induzem a revisão e aprimoramento de sua regulação de forma a alinhá-la ao direito à saúde. No caso da ANVISA, o Judiciário tende a ser mais deferente às suas opções, mas sem ser permissivo com mora excessiva ou inconsistências nos padrões de registro de medicamento ou matérias como publicidade infantil e venda de medicamento isentos de prescrição, acabando por gerar reforço na legitimidade regulatória, mas também contestação das escolhas da agência por atores econômicos.
- aa) A judicialização da saúde tem funcionado como peça de reforço democrático ante a fiscalização e responsabilização das agências reguladoras e tem demonstrado algumas virtudes como a melhoria da fundamentação das agências reguladoras pela exigência de uma racionalidade mais técnica e consistente, a abertura do processo regulatório à sociedade civil, as inovações institucionais como a criação de Câmaras de Resolução de Litígios de Saúde e o Núcleo de Apoio Técnico à jurisdição e a maior preocupação com a diminuição deste tipo de litígios, sobretudo em face dos seus efeitos orçamentários. De outra parte, decisões judiciais excessivamente voluntaristas e descoordenadas podem trazer diversos danos financeiros, piora da prestação de serviços na área, podem funcionar como porta de instrumentalização de poder por grupos econômicos poderosos consubstanciada no esgarçamento de relações protetivas e na desregulação de políticas públicas em desenvolvimento, e ainda ocasionar fragmentação normativa no cenário macro do assunto com a adoção de soluções

casuísticas.

- bb) A Constituição Federal apostou fortemente na efetivação do direito fundamental à saúde, o que resultou em forte litigância do particular em face da Fazenda Pública na busca deste tipo de pretensão. A litigância individual nesta matéria tem sido alvo de críticas por gerar, em muitas oportunidades, desestruturação administrativa e orçamentária e desvios de justiça distributiva em prejuízo dos cidadãos mais hipossuficientes, devendo atrair parâmetros mais rígidos para a concessão judicial de medicamentos e tratamentos, a exemplo do que se viu na STA-AgR 175, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no STF. A via coletiva aproxima mais o Judiciário da macrojustiça, permite melhor capacidade de produção probatória e representação adequada, promove melhor isonomia e planejamento mais eficaz, complementando a atuação residual feita na seara individual. Mais recentemente, a doutrina e o STF tem reforçado o mais novo modelo de processo estruturais, diante de refinada leitura constitucional, para solucionar as lides de saúde, uma vez que este tipo de demanda vem geralmente acompanhada de uma violação estrutural de direitos, cuja solução demanda medidas interinstitucionais coordenadas, o processo é multipolar e as decisões são progressivas e em camadas, formatadas em fases sucessivas e sujeitas a monitoramento contínuo, com procedimento atípico, flexível, efetivo e informal rigidamente.
- cc) A tendência estrutural de solução de conflitos, além de estar associada à ideia de repercussão geral, foi vista recentemente em dois paradigmáticos e complementares temas vinculantes julgados pelo STF, os de números 06 e 1234.
- dd) O primeiro resultou na realização de diálogos interfederativos orquestrados pela Suprema Corte, com representantes de todos os níveis federativos e de Poderes e da sociedade civil, e desaguou em acordos autocompositivos sobre competência jurisdicional e administrativa, custeio e ressarcimento. Consignou-se a excepcionalidade da concessão judicial de medicamentos não incorporados ao SUS diante das seguintes premissas: i) a escassez de recursos públicos e a necessidade de eficiência em políticas públicas, com critérios de racionalidade e limitação orçamentária e prevalência das escolhas técnicas e políticas das agências reguladoras e das instâncias representativas; ii) a isonomia e o princípio da universalidade do sistema público de saúde; iii) a expertise técnica e a medicina baseada em evidências, cabendo ao Judiciário prestar deferência às avaliações da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), que possui prioridade de competência técnico-

científica par analisar eficácia, segurança e custo-efetividade dos medicamentos. Calçado nessas premissas, restou proposto que o medicamento deve ter registro na ANVISA; deve haver comprovação da necessidade clínica e ausência de substituto terapêutico incorporado; deve ser comprovada a incapacidade financeira do paciente; e o fabricante não pode ser fornecedor exclusivo no exterior, salvo se houver importação excepcional autorizada.

- ee) Em estrito diálogo com o tema descrito no item anterior, O STF também decidiu o Tema nº 1234. O foco da questão reside na legitimidade da União e na competência da Justiça Federal para demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA, mas não padronizados no SUS. A solução rejeitou o modelo adjudicatório tradicional, pois a Corte instaurou processo dialógico, com criação de Comissão Especial composta por agentes de todas as esferas federativas e instituições do sistema de justiça, implicando na homologação judicial parcial de três acordos interfederativos a orientar a atuação administrativa e judicial em matéria de medicamentos incorporados e não incorporados. Assim, acabaram definidos: i) critérios objetivos para as demandas relativas a medicamentos não incorporados, desde que registrados na ANVISA, com determinação de competência jurisdicional a partir do custo anual do tratamento e com o esclarecimento da categoria de medicamentos não incorporados; ii) em relação ao custeio e ressarcimento entre os entes, o precedente revelou sua função estrutural ao forjar verdadeira arquitetura interfederativa de financiamento, orientada à racionalização da judicialização e previsibilidade orçamentária; iii) parâmetros de fundamentação judicial e deferência institucional, com observância dos motivos de não incorporação pela CONITEC e a negativa administrativa para o caso e a incorporação de padrões já vistos em decisões anteriores da própria Corte; iv) criação de instrumentos estruturais de coordenação, com destaque para a plataforma nacional de informações.
- ff) O respeito às balizas dos Temas 6 e 1234 foram cristalizadas ainda nas Súmulas Vinculantes 6 e 1234.
- gg) Sem desconsiderar eventuais críticas, o modelo estrutural de resolução de casos de saúde, a teor dos Temas 6 e 1234, prestigia melhor a autonomia técnica e a deferência judicial às decisões e escolhas das agências e órgãos técnicos de saúde e homenageia um controle equilibrado do Estado Administrativo pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ACKERMAN, Bruce A. **Social justice in the Liberal State**. New Haven: Yale University Press, 1980.
- ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. v. 1. Cambridge: the Belknap Press, 1991.
- ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Trad. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 265, p. 13–23, 2014, p. 14. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/18909>>. Acesso em: 28 out. 2024.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- AITH, Fernando. Agências reguladoras de saúde e Poder Judiciário no Brasil: uma relação conflituosa e necessária para a garantia plena do direito à saúde. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.
- AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria geral do direito sanitário brasileiro**. 2006. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- AITH, Fernando Mussa Abujamra. Direito à saúde e democracia sanitária: experiências brasileiras. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 85-90, nov. 2014/fev. 2015.
- AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Direito à saúde e democracia sanitária**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 7, p. 1359-1387, mai. 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “regulação” no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 3, n. 12, p. 69-94, out./dez. 2005.

AMAR, Akhil Reed. Jurisdiction Stripping and the Judiciary Act of 1789. In: MARCUS, Maeva (ed.). **Origins of the Federal Judiciary**. Nova York: Oxford University Press, 1992.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Processo estrutural e direito dos desastres: dever estatal de prevenção e o paradigma das calamidades hidrológicas**. 2023. 347f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2023.

ANJOS, Elisângela César dos Santos; RIBEIRO, Danilo da Costa; MORAIS, Leonardo Vieira. Judicialização da saúde: uma revisão sistemática de literatura das iniciativas de diálogo institucional intersetorial. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, v. 10, n. 1, p. 113-128, jan./mar. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARANHA, Márcio Iorio. Regulação como princípio constitucional de comportamento econômico: a falta de sintonia no setor de telecomunicações. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 1, n. 1, p. 211-217, 2009.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 8 ed. Londres: Laccademia Publishing, 2023.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 10 ed. Londres: Laccademia Publishing, 2025.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma constituição incomum. CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAÚJO, Cícero; SIMÕES, Júlio Assis. **A constituição de 1988: passado e futuro**. São Paulo: Hucitec, 2009.

ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

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

ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz. Separação de poderes como alocação de autoridade: uma espécie ameaçada no Direito Constitucional Brasileiro? LEAL, Fernando (coord.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1985.

ARISTÓTELES. **Constituição dos atenienses**. Trad. Delfim Ferreira Leão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3 ed. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2009.

ASENSI, Felipe Dutra. **Saúde, sociedade e judiciário: estratégias de reivindicação em Portugal e no Brasil**. Lisboa: Editorial Juruá, 2013.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015a.

ASENSI, Felipe; AIDAR, Adriana; DIAS, Daniela; FERREIRA, Arnaldo; BARCELOS, João; SALLUM, Renata; CATTLEY, Luiza; SZKLARZ, Patrick; MAÇULLO, Vanderson. O judicial e o extrajudicial: Ministério Público e direito à saúde no Brasil. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 15, n. 60, p. 179–205, 2015b.

Disponível em: <<https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/57>>. Acesso em: 2 nov. 2024.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 83–108, jan. 2018.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, a. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

BARROS, Felipe Azevedo. **Medidas estruturais para a racionalização da judicialização da saúde: experiências práticas e proposta de reunião de demandas para julgamento**. 2024. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2024.

BARROSO, Isabela Araújo. **Processos estruturais no âmbito do STF: uma análise a partir das experiências do estado de coisas inconstitucional e do compromisso significativo**. 2024. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. **Revista de Direito Administrativo**, v. 197, p. 30-60, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, representative, and enlightened: The roles of constitutional courts in democracies. **The American Journal of Comparative Law**, v. 67, n. 1, p. 109-143, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas democracias constitucionais contemporâneas. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set./dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007a.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BASTOS, Alberto Luiz Hanemann. **Processos estruturais em matéria previdenciária: por uma releitura das interações travadas entre o judiciário e o Instituto Nacional do Seguro Social**. 2023. 328f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2023.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. **Constituição econômica e a sociedade aberta dos intérpretes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, **Brooklyn Law Review**, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

BENSEL, Richard Franklin. **Yankee Leviathan: the origins of Central State Authority in America, 1859-1877**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

BENVINDO, Juliano Zaiden. The seeds of change: popular protests as constitutional moments. **Marquette Law Reviews**, n. 99, p. 363-426, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Ática, 2006.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven, Londres: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências reguladoras e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. Direito administrativo: entre justificação e operacionalização. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 774-782, set./dez. 2023.

BÖCKENFÖRDE, Erns Wolfgang. Origen y cambio del concepto del Estado de Derecho. *In*: BÖCKENFÖRDE, Erns Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madri: Editorial Trotta, 2000.

BODRA, Maria Eugênia Ferraz do Amaral; DALLARI, Sueli Gandolfi. A saúde e a iniciativa privada na Constituição Federal de 1988: princípios jurídicos. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 3, p. 240-260, nov. 2019/fev. 2020, p. 251-252.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Antônio de Moura; VIEIRA JUNIOR, Dicesar Beches. Neoconstitucionalismo: definição, crítica e concretização dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, v. 9, n. 1, p. 107-140, jan./jun. 2015.

BRAITHWAITE, John. **Regulatory Capitalism**: how it works, ideas for making it work better. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

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

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, [S. l.], n. 44, 2014. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/385>>. Acesso em: 31 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **8ª Conferência Nacional de Saúde - Relatório Final**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.874**, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 01.02.2018, Publ. em DJe 01.02.2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501**, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 26.10.2020, Publ. em DJe 01.12.2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.779**, Rel. Min. Nunes Marques, Red. p/ Ac. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 14.10.2021, Publ. Em DJe 23.02.2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada 175**, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente), j. 17.03.2010, publ. em DJe 30.04.2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1787 - Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgado em 16 de ago. de 2017. TC 009.253/2015-7. Ata nº 31/2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 de ago. de 2017. Disponível em:

<<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2179179>>. Acesso em 14 de fev. de 2024.

BROOCKE, Bianca Maruszczak Schneider van der; KOZICKI, Katya. Litígios estruturais e controle judicial de políticas públicas no Brasil: do monólogo ao diálogo. **Suprema – Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 5, n. Especial, p. 137–173, 2025.

BRUSCO, Ana Beatriz. **Uma trajetória virtuosa para o direito à saúde: interpretando institucionalmente os princípios do SUS**. 156 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2024.

BRUSTOLIN, Alessandra; MACHADO, Edinilson Donizette; CALDERON-VALENCIA, Felipe. A judicialização de medicamentos sem registro na ANVISA e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para a solução da problemática. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 23, n. 129, p. 95-123, fev./maio 2021.

BURCH, Robert. Charles Sanders Peirce. ZALTA, Edward N.; NODELMAN, Uri (eds.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/peirce/>>. Acesso em 4 nov. 2025.

BUSTAMANTE, Thomas. A triste história do juiz que acreditava ser Hércules. OMMATI, José Emílio Medauar (org.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2 ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

BUSTAMANTE, Thomas; MEYER, Emílio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Luís Roberto Barroso's theory of constitutional adjudication: a philosophical reply. **The American Journal of Comparative Law**, v. 69, n. 4, p. 798-833, dez. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). **Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance**, n. 16, a. 5, p. 215-257, jan./mar. 2021.

CALHOUN, John C. **Union and Liberty: the political philosophy of John C. Calhoun**. Indianapolis: Liberty Fund, 1992.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CAMARGO, Margarida; TAVARES, Rodrigo. As Várias Faces do Neoconstitucionalismo. QUARESMA, Regina *et al* (org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Maurício (coord.). **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONELL, Miguel. **El Canon Neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. Alguns novos rumos do poder de polícia. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, a. 24, n. 8, p. 45-48, ago. 2012.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. Controle jurisdicional da administração pública: algumas ideias. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 121-141, jul./set. 2013.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015a.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015b.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Eloá Carneiro *et al.*. Judicialização da saúde: reserva do possível e mínimo existencial. **Cogitare Enfermagem**, v. 26, p. e76406, 2021.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: segredos da constituinte**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CIPPOLA, Carlo M. **Public Health and the Medical Profession in the Renaissance**. Nova York: Cambridge University Press, 1976.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Lei no Estado Contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Direito constitucional: organização dos poderes da República**. São Paulo: RT, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

COELHO, Tiago Lopes et al. A propriedade intelectual na judicialização da assistência farmacêutica: uma demanda estrutural em defesa do Sistema Único de Saúde. **Saúde e Sociedade**, v. 30, n. 1, p. e190781, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA/INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução.** Brasília: CNJ, 2019.

COOK, Philip J.; LUDWIG, Jens. Litigation as regulation: firearms. VISCUSI, W. Kip. **Regulation through litigation.** Washington: Brookings Institution Press, 2002.

COSTA, Tiago Magalhães. **Estado de coisas inconstitucional: origem nos processos estruturais estrangeiros e desenvolvimento no Brasil.** 2023. 82f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida; FARRANHA, Ana Cláudia. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. **Public Sciences & Policies**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 15–35, 2022.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constitucionalismo moderno: origens e futuros (1820-2023).** Coimbra: Almedina, 2023.

CYRINO, André. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação adequada da Constituição econômica brasileira.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, v. 22, n. 4, p. 327–334, ago. 1988.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito sanitário. ARANHA, Márcio Iorio (org.). **Direito sanitário e saúde pública.** Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov. 2008/fev. 2009.

DAVIS, Dennis M. Authoritarian constitutionalism: the South African experience. GARCÍA, Helena Alviar; FRANKENBERG, Günter (eds.). **Authoritarian Constitutionalism: comparative analysis and critique.** Cheltenham: Edward Elgar, 2019.

DECANIO, Samuel. **Democracy and the origins of the American Regulatory State**. New Haven, Londres: Yale University Press, 2015.

DEWEY, John. **Logic: the theory of inquiry**. Nova York: Henry Holt, 1938.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIXON, Rosalind; ROUX, Theunis (eds.). **Constitutional triumphs, constitutional disappointments: a critical assessment of the 1996 South African Constitution's local and international influence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

DOMINGOS, Pedro Luiz de Andrade. **Processos estruturantes no Brasil: origem, conceito e desenvolvimento**. 2019. 231f. Dissertação (Mestrado em Processo, Justiça e Constituição) – Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, 2019.

DRAHOS, Peter; BRAITHWAITE, John. The globalisation of Regulation. **The Journal of Political Philosophy**, v. 9, n. 1, p. 103-128, 2001.

DREIER, Ralf. Concepto y Función de la Teoría General del Derecho. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, Madri, n. 52, p. 111-138, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Response to overseas commentators. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 4, p. 651-662, out. 2003, p. 651-653.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

EBRAHIM, Hassen. **The Soul of a Nation: constitution-making in South Africa**. Cidade do Cabo: Oxford University Press, 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Brown v. Board of Education of Topeka**, j. 17/05/1954. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>>. Acesso em 2 de novembro de 2024. Original: Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Cooper v. Aaron**, j. 12/09/1958. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/358/1/>>. Acesso em 2 de novembro de 2024. Original: Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1 (1958).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Marbury v. Madison**, j. 24/02/1803. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em 2 de novembro de 2024. Original: Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. **Plessy v. Ferguson**, j. 18/05/1896. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>>. Acesso em 2 de novembro de 2024. Original: Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 23, p. 1–16, 1951. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/11830>>. Acesso em: 31 out. 2024.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

FARACO, Alexandre D.; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; COUTINHO, Diogo R. A judicialização de políticas regulatórias de telecomunicações no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 25-44, jan./abr. 2014.

FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, direito e democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

FERNANDES, Fernando Manuel Bessa; OUVENEY, Assis Luiz Mafort. Decisões do Supremo Tribunal Federal no início da pandemia de Covid-19: impactos no federalismo brasileiro? **Saúde em Debate**, v. 46, n. spe1, p. 48–61, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ, Leslie Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos juizados especiais cíveis no Brasil. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

FERRAZ, Otávio L. Motta. Health inequalities, rights, and courts: the social impact of the “judicialization of health” in Brazil. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (org.). **Litigating health rights: can courts bring more justice to health?** Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, p. e1934, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Econômica. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 178, p. 18-23, out./dez. 1989.

FERREIRA, Rafael Felizardo. **Intensidade do controle e governança**: um (possível) padrão de comportamento do TCU no controle das agências reguladoras. 2024. 104 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2024.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O Sistema Único de Saúde e o Princípio da Sustentabilidade: interconexões e perspectivas acerca da proteção constitucional da**

saúde. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo. CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales.** Trad. Adela Mora Cañada e Manuel Martínez Neira. Madri: Trotta, 2014.

FISHER, Louis. **Constitutional Dialogues: interpretation as political process.** Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen. **A origem do processo estrutural: The civil rights injunction.** Trad. Edilson Vitorelli. Salvador: Editora Juspodivm, 2026.

FLEINER, Thomas. Common Law and Continental Law: Two Legal Systems Some Elements of Comparative Constitutional and Administrative Law with regard to those two Legal Systems. SCHNEIDER, Hans-Peter; KRAMER, Jutta; TORITTO, Beniamino Caravita di (ed.). **Judge made Federalism?** Baden-Baden: Nomos, 2009.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva.** Trad. Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLEURY, Sônia. **Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina.** Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1994.

FLEURY, Sônia. Políticas sociais e democratização do poder local. VERGARA, Sylvia Constant; CORRÊA, Vera Lucia de Almeida (org.). **Propostas para uma gestão pública municipal efetiva.** Rio de Janeiro: FGV, 2003.

FLEURY, Sônia. Reforma sanitária brasileira: dilemas entre o instituinte e o instituído. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 14, n. 3, p. 743–752, maio 2009.

FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **Reflexões sobre parâmetros de controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.** 2012. 76 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em:

<https://bdm.unb.br/bitstream/10483/3993/1/2012_LeonardoCamposSoaresdaFonseca.pdf>.

Acesso em: 14 fev. 2024.

FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. 2019. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2895>>. Acesso em: 14 fev. 2024.

FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da; FONSECA, Rafael Campos Soares da. O futuro do constitucionalismo democrático e a contribuição de Luís Roberto Barroso. COSTA, Daniel Castro Gomes da; FONSECA, Reynaldo Soares da; BANHOS, Sérgio Silveira; CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de (coord.). **Democracia, justiça e cidadania: desafios e perspectivas: homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso**. Tomo 1. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. **Entre o diálogo e o monólogo institucional nos processos estruturais: limites e possibilidades para a proteção dos direitos socioeconômicos e culturais na perspectiva comparada no Sul global**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021.

FRANKENBERG, Günter. Constituição como gramática de conflitos sociais. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, n. 14, p. 58-72, out./nov. 2006.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Quellen Cristina de Souza. **Processos estruturais: uma análise da técnica decisória estrutural à luz do Estado de Coisas Inconstitucional**. 2023. 116f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 577-682, mar. 1993.

FULLER, Lon L. **The morality of law**. Edição revisada. New Haven: Yale University Press, 1964.

FULLER, Lon L. **Anatomía del derecho**. Trad. Luis Castro. Caracas: Monte Avila Editores, 1969.

FULLER, Lon L. El positivismo y la lealtad frente al derecho, una respuesta al professor Hart. HART, Herbert L. A.; FULLER, Lon L. **El debate Hart-Fuller**. Trad. Jorge González Jácome. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2016.

FUNK, William. Regulation by litigation: not so bad? **Regulation & governance**, v. 5, n. 2, p. 275-285, jun. 2011.

GALDINO, Matheus Souza. **Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais**. 2019. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2019.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. 2012. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 175. doi:10.11606/T.2.2012.tde-29082013-113523. Acesso em: 22 de outubro de 2024.

GARGARELLA, Roberto. **La Sala de Máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014.

GATES, Bill. Lessons in lifesaving from Brazil. **Gates Notes**, 12 de dezembro de 2023. Disponível em: <<https://www.gatesnotes.com/Lessons-from-Brazil>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2024.

GLAESER, Edward L.; SHLEIFER, Andrei. The Rise of the Regulatory State. **Journal of Economic Literature**, v. 56, p. 401-425, jun. 2003.

GOMES, Dalila F. *et al.*. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá?. **Saúde em Debate**, v. 38, n. 100, p. 139–156, jan. 2014.

GOODNOW, Frank J. **Politics and Administration**. Nova York: The Macmillan Company, 1900.

GRAHAM, Cosmo. Socio-economic rights and essential services: a new challenge for the Regulatory State. OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (ed.). **The Regulatory State: constitutional implications**. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 20 ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2023.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: RT, 1978.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Trad. José Maria Lujambio. CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GUERRA, Sérgio. **Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021a.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021b.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso do Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 595-602, jul./dez. 2008.

GULICK, Luther. Notes on the Theory of Organization with special reference to government in the United States. GULICK, Luther; URWICK, Lyndall. **Papers on the Science of Administration**. Nova York: Columbia University, Institute of Public Administration, 1937.

GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. **Experimento jurisdicional de reestruturação: descrição e justificação**. 2022. 497f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

HÄBERLE, Peter. Constituição ‘da cultura’ e Constituição ‘como cultura’: um projeto científico para o Brasil (2008). MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo (coord.). **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: análise crítica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, [S. l.], v. 11, n. 60, p. 25–50, 2015.

HÄBERLE, Peter. La constitución como cultura. Trad. Francisco Fernandez Segado e Rafael Rubio Nuñez. **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 6, p. 177-198, 2002.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist**. Editado por George W. Carey e James McClellan. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.

HIRSCHL, Ran. **Comparative Matters: The renaissance of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOEXTER, Cora. The structure of the courts. HOEXTER, Cora; OLIVIER, Morné (eds.). **The judiciary in South Africa**. Cidade do Cabo: Juta, 2014.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures: or perhaps the charter isn’t such a bad thing after all. **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HORTA, Raul Machado. A ordem econômica na nova constituição. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição brasileira 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

JAMES, William. **Pragmatism: a new name for some old ways of thinking: popular lectures on philosophy**. Nova York, Londres: Longmans, Green and Co., 1907, p. 43-79.

Disponível em: < <https://archive.org/details/pragmatismnewnam00jame/mode/2up>>. Acesso em 4 nov. 2025.

JACKSON, Vicki J. Comparative Constitutional Law: methodologies. ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. **A doutrina da living constitution segundo a ótica de David Strauss e o julgamento da reclamação n. 11.243 e da petição avulsa na extradição n. 1.085 pelo STF (caso Cesare Battisti)**. 2012. 162f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. Positivismo, subjetividade e consequencialismo. MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de cultura Económica, 2000.

JELLINEK, Georg. **Sistema de los derechos públicos subjetivos**. Trad. Alejandro Vergara Blanco. Valencia: Tirant lo blanch, 2024.

JORDÃO, Eduardo; THEVENARD, Lucas; SCHWAITZER, Bernardo (coord.). **Agências reguladoras estaduais: pesquisa empírica sobre sua maturidade institucional**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2025.

JORDANA, Jacint. The institutional development of the Latin American regulatory state. LEVI-FAUR, David. **Handbook on the politics of regulation**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KAHL, Wolfgang. What Is ‘New’ about the ‘New Administrative Law Science’ in Germany? **European Public Law**, v. 16, n. 1, p. 105-121, 2010. Disponível em:

<<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Public+Law/16.1/EURO2010006>>.

Acesso em 6 de outubro de 2025.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70.

KELEMEN, R. Daniel. Adversarial legalism and administrative law in European Union. In: ROSE- ACKERMAN, Susan; LINDSETH, L. Peter (eds.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

KELEMEN, R. Daniel. The Politics of Eurocracy: building a new european state? JABKO, Nicolas; PARSONS, Craig (eds.). **The State of the European Union: with US or against US? European trends in american perspective**. v. 7. Oxford: Oxford University Press, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLUG, Heinz. **Constituting Democracy: law, globalism, and South Africa's political reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

LANDAU, David. The reality of social rights enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, p. 189–247, 2012.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LEMOS, Eliza Victória Silva. **Litigância regulatória judicial e práticas decisórias dos tribunais superiores: uma análise da aplicação do conceito de deferência**. 2022. 135 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

LEVI-FAUR, David. Regulatory capitalism. DRAHOS, Peter (ed.). **Regulatory Theory: foundations and applications**. Camberra: ANU Press, 2017.

LEVI-FAUR, David. The global diffusion of Regulatory Capitalism. **The Annals of the American Academy of Political Science and Social Science**, v. 598, p. 13-32, mar. 2005.

LEVI-FAUR, David; JORDANA, Jacint. Toward a latin american Regulatory State? The diffusion of autonomous regulatory agencies across countries and sectors. **International Journal of Public Administration**, v. 29, n. 4, p. 335-366, abr. 2006.

LIMA, Guilherme Graciliano Araújo. **Dos diálogos institucionais aos processos estruturais: uma proposta frente ao Estado de Coisas Inconstitucional brasileiro**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2022.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPES, Othon de Azevedo. **Princípios jurídicos e regulação**. 251 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, set./dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587/1402>>. Acesso em 31 de outubro de 2024.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Conexão, continência, litispendência: relação entre demandas no processo individual, coletivo e estrutural**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024.

LUFF, Patrick. Regulation firearms through litigation. **Connecticut Law Review**, v. 46, n. 4, p. 1581-1607, mai./2014.

LUFF, Patrick. Risk regulation and regulatory litigation. **Rutgers Law Review**, v. 64, n. 1, p. 173-215, 2011.

LUZ, Madel Therezinha. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática": anos 80. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 1, n. 1, p. 77-96, 1991.

LYTTON, Timothy D. Using Tort Litigation to Enhance Regulatory Policy Making: Evaluating Climate-Change Litigation in Light of Lessons from Gun-Industry and Clergy Sexual-Abuse Lawsuits. **Texas Law Review**, v. 86, p. 1837-1876, 2008.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil. **Revista de Administração Pública**, v. 46, n. 4, p. 1017–1036, jul. 2012.

MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. **Revista Bioética**, v. 22, n. 3, p. 561–568, set. 2014.

MALVEZZI, Thais Stefano. **A democratização do acesso à jurisdição constitucional concentrada como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio dos processos estruturais**. 2023. 112f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2023.

MARCUS, Maeva; WEXLER, Natalie. The Judiciary Act of 1789: political compromise or constitutional interpretation? *In*: MARCUS, Maeva (ed.). **Origins of the Federal Judiciary**. Nova York: Oxford University Press, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de constitucionalidade e diálogo institucional [livro eletrônico]**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MARINHO, Carolina Martins. **Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana**. 2018. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MARINHO, Josaphat. A ordem econômica nas constituições brasileiras. **Notícia do direito brasileiro**, Brasília, v. 2, p. 93-105, 1971.

MARQUES, Kassio Nunes. **Política judiciária no fornecimento de medicamentos de alto custo no Brasil em um ambiente de crise e de políticas de austeridade fiscal: teoria, experiência e perspectivas**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Salamanca,

Programa de Doutorado Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Salamanca, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação. KLEIN, Aline Lícia; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Diálogos fora de esquadro: o controle das agências reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 120, p. 203-236, jan./jun. 2020.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de Derechos fundamentales: teoria general**. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Madri: Dykinson, 2004.

MARTINI, Sandra Regina; CHAVES, André Santos. Necessidade de confiança na jurisdição constitucional para efetivação do direito à saúde. **Interações**, Campo Grande, v. 19, n. 1, p. 77–91, jan. 2018.

MASHAW, Jerry L. Recovering American Administrative Law: Federalist foundations, 1787-1801. **The Yale Law Journal**, n. 115, p. 1256-1334, 2006.

MATTA, Lairó Luis Jacques da; MARQUES, Gabriel Lima. A prestação jurisdicional excessiva como risco ao princípio da universalidade do SUS: pela naturalização do diálogo entre o Direito e a Saúde. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 109, p. 421-441, jun./set. 2014.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. t. 1. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MAZZA, Alexandre. **Relação Jurídica de Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZA, Fabio Ferreira. **Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de teses. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set./dez. 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 3, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERRILL, Thomas W. **The Chevron doctrine: its rise and fall, and the future of the administrative state**. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 2022.

MINHOTO, Vinicius Marinho. **O estado de coisas inconstitucional e os processos estruturais**. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2024.

MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MÖLLERS, Christoph. **The Three Branches: a comparative model of separation of powers**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 2 ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Filomeno. **Constituição econômica brasileira: história e política**. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAN, Michael. **The British Regulatory State: high modernism and hyper-innovation**. Nova York: Oxford University Press, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Constituição econômica brasileira: o estatuto jurídico do econômico e as posições do Estado brasileiro na economia: conceito e história**. São Paulo: Thomson Reuters, 2024.

MOREIRA, Egon Bockmann. Regulação sucessiva: quem tem a última palavra? Caso “pílula do câncer”: ADI no 5.501, STF. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio. **Dinâmica da Regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Ordem econômica na constituição de 1988. **Revista de direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 54-68, 1990.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Apec, 1989.

MORRIS, Andrew P.; YANDLE, Bruce; DORCHAK, Andrew. **Regulation by litigation**. New Haven, Londres: Yale University Press, 2008.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. 4 reimp. Coimbra: Almedina, 2015.

NASCIMENTO, Renan Teixeira de Mello do. **Objeto do processo e o processo estrutural**. 2022. 164f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

NEVES, Marcelo. Pesquisa interdisciplinar no Brasil: o paradoxo da interdisciplinaridade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 207-214, 2005.

NOBRE, Marcos. Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito. **Novos estudos CEBRAP**, n. 82, p. 97–106, nov. 2008.

NUNES, Douglas Schauerhuber. **A crise no sistema carcerário brasileiro: do estado de coisas inconstitucional aos processos estruturais**. 2023. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2023.

NUNES, Everardo Duarte. Sobre a história da saúde pública: ideias e autores. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 5, n. 2, p. 251-264, 2000.

NUSDEO, Fábio. A Constituição econômica. **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, v. 17, n. 66, p. 101-117, abr./jun. 2019.

NUSDEO, Fábio; PINTO, Alexandre Evaristo. **A ordem econômica constitucional: estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: RT, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Direito tributário e diálogo constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Lilian Zucolote de. **Processo estrutural como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais dos trabalhadores no Brasil**. 2023. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Agências reguladoras, diálogos institucionais e controle. **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, v. 13, n. 49, p. 159-189, jan./mar. 2015.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector**. New York: Plume, 1992.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. **DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho**, [S. l.], n. 14, p. 169–194, 1993.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; SILVA, Sandoval Alves da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 275-301, jan./abr. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?. FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. São Paulo: Saraiva, 2019.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; SILVA, Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Expansão do poder judicial no Sistema Único de Saúde. **Revista Bioética**, v. 27, n. 1, p. 111–119, jan. 2019.

PECI, Alketa. O Estado regulador na América Latina. CAVALCANTE, Pedro Luiz Costa; SILVA, Mauro Santos. **Reformas do Estado no Brasil: trajetórias, inovações e desafios**. Rio de Janeiro: Ipea, 2020.

PEDROSA, Juliana Mendes. **A comunicação nos processos estruturais: um diálogo com o caso de Mariana**. 2024. 235f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito e Poder Judiciário) – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, 2024.

PEIRCE, Charles Sanders. How to Make Our Ideas Clear. **Popular Science Monthly**, v. 12, n. 12, p. 286-302, 1878, p. 293. Disponível em: <<https://www.peirce.org/writings/p108.html>>. Acesso em 4 nov. 2025.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Modelo desenvolvido e aplicado para análise de argumentação jurídica em decisão judicial. ROESLER, Cláudia; REIS, Isaac; HARTMANN, Fabiano (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018.

PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais – em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, v. 9, n. 2, p. 41-73, mai./ago. 2018.

PEREIRA FILHO, Luiz Tavares. Iniciativa privada e saúde. Iniciativa privada e saúde. **Estudos Avançados**, v. 13, n. 35, p. 109–116, jan. 1999.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma proposta de sistematização. SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PINTO, Marcos Barbosa. **Constituição e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

POLYBIUS. **História**. 2 ed. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1996.

POPELIER, Patricia *et al* (org.). **The role of constitutional courts in multilevel governance**. Cambridge: Intersentia, 2013.

PORCIELLO, Andrea. **En los Orígenes del neoconstitucionalismo: el antipositivismo de Lon L. Fuller**. Trad. Celia Díez Huertas. Lima: Palestra Editores, 2019.

POSTEMA, Gerald J. **Law's Rule: the nature, value, and viability of the Rule of Law**. Nova York: Oxford University Press, 2022.

PREIS, Marco Antônio. **Teoria dos Deveres Fundamentais**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

PROSSER, Tony. Conclusion: ten lessons. OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (ed.). **The Regulatory State: constitutional implications**. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2010.

PROSSER, Tony. Models of Economic and Social Regulation. OLIVER, Dawn; PROSSER, Tony; RAWLINGS, Richard (ed.). **The Regulatory State: constitutional implications**. Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2010.

PROSSER, Tony. **The Regulatory Enterprise: government, regulation, and legitimacy**. Oxford, Nova York: Oxford Academic Press, 2010.

RAEFFRAY, Ana Paulo Oriola de. **Direito da saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMALHO, Bruno Araujo. A interface institucional entre a ANS e o Poder Judiciário: análise de acórdãos sobre a cobertura de emergências médicas em planos de saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 122-144, mar./jun. 2016.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MIRANDA NETTO, Edson Barbosa de. O federalismo e o direito à saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 49, p. 304-330, nov. 2017, p. 321-322. DOI: 10.26668/revistajur.2316-753X.v4i49.2296. Disponível em: <<https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2296/1426>>. Acesso em: 08 abr. 2024.

RAWLS, John. **A theory of justice**. ed. rev. Cambridge: The Belknap Press, 1999.

READ, James. John C. Calhoun's federalism and its contemporary echoes. In: WARD, Ann; WARD, Lee (ed.). **The Ashgate Research Companion to Federalism**. Surrey: Ashgate, 2009.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RHODES, Rod A. The Hollowing out of the State: The Changing Nature of the Public Service in Britain. **Political Quarterly**, 65, 138-151, abr. 1994.

RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar A. A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização. **Lua Nova: revista de cultura e política**, São Paulo, n. 88, 2013, p. 29-87, 2013.

RODRIGUES, Diego de Ávila. **A utilização de órgãos auxiliares do juízo como instrumento de participação em processos estruturais: um estudo sobre a câmara judicial de proteção de Lagoa da Conceição em Florianópolis**. 2022. 135f. Dissertação (Mestrado em Tutelas à

Efetivação de Direitos Indisponíveis) – Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2022.

RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 105, p. 5-16, abr./jun. 2005.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?. ROESLER, Claudia; REIS, Isaac; HARTMANN, Fabiano (org.). **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018.

ROHR, John A. **To Run a Constitution: the legitimacy of the Administrative State**. Lawrence: University Press of Kansas, 1986.

ROSEN, George. **A History of Public Health**. Nova York: MD Publications, 1958.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social**. Trad. Mário Franco de Sousa. Lisboa: Presença, 2010.

RUNDLE, Kristen Ann. **“Forms liberate”: reclaiming the legal philosophy of Lon L. Fuller**. 168 f. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade de Toronto, Toronto, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Crédito bancário e Judiciário: condutores institucionais da superlitigância. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia; RIBEIRO, Leandro Molhano; ROCHA, Décio Vieira da. Trabalhos empíricos no direito: uma análise das teses, dissertações e artigos acadêmicos sobre o tema da regulação. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [S. l.], v. 10, p. 1–35, 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, José Jackson Coelho; GARCIA FILHO, Carlos; FARIAS, Mariana Ramalho de; GOMES, Valéria Bastos. História das políticas públicas de saúde no Brasil e no mundo. MOREIRA, Thereza Maria Magalhães (coord.). **Manual de Saúde Pública**. 2 ed. Salvador: Sanar, 2019.

SAMPAIO, Karinne Fontenele. O controle e a implementação do direito à saúde: a jurisprudência da África do Sul. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 85–109, 2017.

SAMPAIO, Patrícia; WADA, Ricardo Morishita. A regulação e o Judiciário: o caso do setor de eletricidade. PRADO, Mariana Mota (org.). **O Judiciário e o Estado regulador brasileiro** [recurso eletrônico]. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

SANTINI, Luiz Antonio; BULCÃO, Clóvis. **SUS [recurso eletrônico]: uma biografia: lutas e conquistas da sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Record, 2023.

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Os discursos na Audiência Pública da Saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. **Saúde e Sociedade**, v. 24, p. 184–192, abr. 2015.

SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. **Litigância regulatória**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

SANTOS, Caio Victor Ribeiro dos. **Tutela coletiva e regulação econômica: o efeito regulatório das ações coletivas**. 2023. 300f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde em Debate**, v. 45, n. 130, p. 807–818, jul. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 anos e o direito constitucional brasileiro: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 3, n. 7, p. 89-95, abr./jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário à Seção II da Saúde. CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. RÉ, Aluisio Iunes Monti Ruggeri (org.). **Temas Aprofundados da Defensoria Pública**. v. 1. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 211–212.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria Da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. **Crônicas de Direito de Direito Financeiro: tributação, guerra fiscal e políticas públicas**. São Paulo: Conjur, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, Fernando Facury. Uma introdução à análise macro e microjurídica e as políticas públicas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 21, n. 83, p. 89-108, jul./set. 2023.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCALIA, Antonin. Judges as mullahs. SCALIA, Antonin. **Scalia speaks: reflections on Law, Faith, and Life well lived**. Editado por Christopher J. Scalia e Edward Whelan. Nova York: Crown Forum, 2017.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, v. 1989, n. 3, p. 511-521, jun. 1989.

SCALIA, Antonin. Remarks by the Honorable Antonin Scalia for the 25th anniversary of *Chervron v. NRDC*. **Administrative Law Review**, v. 66, n. 2, p. 243-251, mar./jun. 2014.

SCALIA, Antonin. **The essential Scalia: on the Constitution, the Courts, and the Rule of Law**. Editado por Jeffrey S. Sutton e Edward Whelan. Nova York: Crown Forum, 2020.

SCHAEFER, David Lewis. The Antifederalists and Tocqueville on federalism: lessons from today. In: WARD, Ann; WARD, Lee (ed.). **The Ashgate Research Companion to Federalism**. Surrey: Ashgate, 2009.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FORTINI, Cristiana; CASIMIRO, Lígia Maria Silvia Melo de; VALLE, Vanice Regina Lório do (coord.). **Marco legal das agências reguladoras na visão delas: comentários à Lei nº 13.848/2019 e à IN nº 97/2020**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Direito Administrativo: genealogia, transformações e dogmática**. Salvador: Juspodivm, 2025.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 3 ed. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 2024.

SCHNEIDER, Jens-Peter. Regulation and europeanisation as key patterns of change in Administrative Law. RUFFERT, Matthias (ed.). **The Transformation of Administrative Law**

in Europe: la mutation du droit administratif en Europe. Munique: Sellier European Law Publishers, 2007.

SCHULZE, Clenio Jair. Editorial: pandemia, futuro e constitucionalismo sanitário. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, v. 9, n. 4, p. 9-11, out./dez. 2020.

SCHWARTZ, Victor E.; LORBER, Lead; DELONG, James V. **Regulation through litigation has begun: wat you can do to stop it.** Washington: National Legal Center for the Public Interest, 1999.

SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. **Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil.** 2021. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.

SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. **Litigância regulatória antitruste.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A ordem constitucional econômica.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional.** Trad. José M. Beneyto Perez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOMIN, Ilya. The Supreme Court of the United States: promoting centralization more than state autonomy. *In*: ARONEY, Nicholas; KINCAID, John (ed.). **Courts in Federal Coutries: federalists or unitarists?** Toronto: University of Toronto Press, 2017.

SOARES, Elisianne Campos de Melo. **Jurisdição democrática, processos estruturais em litígios de direito privado e justiça multiportas.** 2021. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

SOUSA, Lucas Leal. **A aplicação da teoria dos processos estruturais nas demandas judiciais sobre saúde pública e as ferramentas correlatas de atuação da Procuradoria-**

Geral do Estado do Tocantins. 2023. 145f. Dissertação (Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2023.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Ordem econômica na Constituição. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 32, n. 8, p. 165-172, maio/jun. 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde.** 2011. 344 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STORING, Herbert J. **The Complete Anti-Federalist.** 3 v. Chicago: Univeristy of Chicago, 1981.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

STRONG, S. I. Regulatory Litigation in the European Union: Does the U.S. Class Action have a New Analogue? **Notre Dame Law Review**, v. 88, p. 899-972, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A regulação e o controle de contas. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 28, e85225, 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para + céticos.** 4 ed. São Paulo: Juspodivm, Malheiros, 2026.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* **Publicistas: direito administrativo sob tensão.** Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constitution of many minds.** Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **After the rights revolution: reconceiving the Regulatory State**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal. **Harvard Law Review**, v. 101, p. 421-510, 1987-1988.

SUNSTEIN, Cass R. **Constitutional Personae**. Nova York: Oxford University Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional personae. **The Supreme Court Review**, v. 2013, n. 1, p. 433-460, jan. 2014.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. **One Case at a Time**. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: what constitutions do**. Nova York, Oxford: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. **Risk and Reason: safety, law, and the environment**. Cambridge, Nova York: Cambridge University Press, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 885-951, fev. 2003.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven, Londres: Yale University Press, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. **Simpler: the future of government**. Nova York: Simon & Schuster, 2014a.

SUNSTEIN, Cass R. **Valuing Life: humanizing the Regulatory State**. Chicago, Londres: Chicago University Press, 2014b.

SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge, Londres: MIT Press, 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEUELE, Adrian. **Law & Leviathan: redeeming the Administrative State**. Cambridge: The Belknap Press, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEUELE, Adrian. **Lei & Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. Trad. Nathalia Penha Cardoso de França. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SUNSTEIN, Cass R. **Decisions about Decisions: practical reason in ordinary life**. Nova York, Cambridge: Cambridge University Press, 2023a.

SUNSTEIN, Cass R. **How to interpret the Constitution**. Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2023b.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direitos Sociais na Constituinte**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

TAMANAHA, Brian Z. **On The Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. The Global Expansion of Judicial Power: the judicialization of politics. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. CARDOZO, José Eduardo; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (ed.). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. **Direitos fundamentais & Justiça**, n. 7, p. 167-180, abr./jun. 2009.

TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais funções. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43, n. 171, p. 19-47, jul./set. 2006.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, José Elaires Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. v. 1. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. Judicial deference to agency regulation: what can we learn with the US Supreme Court applicable standards. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 2, p. 137-164, mai./ago. 2021.

VASCONCELOS, Natália Pires de. **Mandado de segurança ou Ministério da Saúde? Gestores, procuradores e respostas institucionais à judicialização**. 2018. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

VASCONCELOS, Natália Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83-108, abr. 2020.

VENTURELLI, Caroline de Camargo Silva. **Processos estruturais: alternativa prestacional para limitar o ativismo judicial**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

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

VERMEULE, Adrian; POSNER, Eric A. **The Executive Unbound: after the Madisonian Republic**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 2011.

VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk**. Nova York: Cambridge University Press, 2014.

VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation: from Law's Empire to the Administrative State**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VERONESE, Alexandre; VAL, Eduardo Manuel. Notas comparativas acerca dos conselhos nacionais de justiça do Brasil e da Argentina. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 7-21, 2008.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. A Ordem econômica. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Constituição brasileira 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. Do compromisso maximizador à resiliência constitucional. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 375-393, set. 2018.

VIOLIN, Jordão. **Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. 2019. 244f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2019.

VISCUSI, W. Kip. **Regulation through litigation**. Washington: Brookings Institution Press, 2002.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2025.

VOßKUHLE, Andreas; WISCHMEYER, Thomas. The 'Neue Verwaltungsrechtswissenschaft' against the backdrop of traditional administrative law scholarship in Germany. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.; EMERSON, Blake (ed.). **Comparative Administrative Law**. 2 ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

WALDO, Dwight. Desenvolvimento da teoria da administração democrática. Trad. Thomaz Newlands Neto. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 63, n. 3, p. 381-397, jul./set. 2012.

WALDO, Dwight. **The Administrative State: a study of the political theory of American Public Administration**. Nova Work: The Ronald Press Company, 1948.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999a.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambrigde Univeristy Press, 1999b.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, v. 115, p. 1346-1406, 2005-2006.

WALDRON, Jeremy. Judge as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1, p. 2-24, jan. 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

WILSON, Woodrow. O estudo da administração. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 56, n. 3, p. 349-366, jul./set. 2005.

WILSON, Woodrow. The Study of Administration. **Political Science Quarterly**, v. 2, n. 2, p. 197-222, jun. 1887.

WINSLOW, Charles-Edward Amory. **The evolution and significance of the modern public health campaign**. New Haver: Yale University Press, 1923.

WHITE, Leonard D. **The Federalists: a study in administrative history**. Nova York: Macmillan Co, 1948.

YEUNG, Karen. The Regulatory State. *In*: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. Nova York: Oxford University Press, 2010.

YOUNG, Katharine G. **Constituting economic and social rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZYMLER, Benjamin. O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, v. 2, n. 11, p. 3-7, 2002.