

35 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: PERSISTÊNCIA E IMPACTOS DA INDEFINIÇÃO DA ABRANGÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE

*35 YEARS OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION:
PERSISTENCE AND IMPACTS OF THE INDEFINITY OF THE
SCOPE OF THE RIGHT TO HEALTH*

Alessandra Brustolin.¹

Ednilson Donisete Machado.²

SUMÁRIO: *Introdução. 2 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988, posicionamento judicial e repercussões. 3 A abrangência do direito à saúde na constituição federal e os problemas da interpretação constitucional. Considerações Finais. Referências Finais.*

RESUMO: A judicialização da saúde é um problema que, apesar de antigo, ainda suscita uma série de discussões. A falta de critérios claros e objetivos nas decisões judiciais tem impactado negativamente a organização e o planejamento dos serviços públicos de saúde. A Constituição é parcialmente responsável pela indefinição que resulta a alta justiciabilidade do direito à saúde. No entanto, o texto constitucional não ignora possíveis restrições. Mas embora restrinjam, não

¹ Doutoranda e mestre em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná. Professora da graduação e Pós-Graduação na PUCPR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Campus de Toledo, Paraná). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Rua Terezina, 2093, ap. 04, Cascavel – PR, Brasil, 85807-140. aless.brustolin@gmail.com.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM) e da Universidade Estadual Norte do Paraná (UENP). Avenida Manoel Ribas, nº 711 – Centro, Jacarezinho – PR, Brasil, 86400-000. ednilson.machado@uenp.edu.br.

limitam propriamente o direito. A postura do Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos anos em considerar o direito à saúde quase absoluto e imediato gera preocupações, principalmente em termos orçamentários. A abordagem quase *ilimitada* do STF em relação ao direito à saúde levanta questões sobre a abrangência desse direito estabelecido constitucionalmente. Com isso, o artigo analisa a abrangência constitucional do direito à saúde. E questiona se a tese de Virgílio Afonso da Silva é capaz de definir a extensão do direito à saúde na Constituição de 1988. O estudo emprega um método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. 35 anos da Constituição Federal de 1988. Abrangência constitucional.

ABSTRACT: *The judicialization of health is a problem that, despite being old, still raises a series of discussions. The lack of clear and objective criteria in judicial decisions has negatively impacted the organization and planning of public health services. The Constitution is partially responsible for the lack of definition that results in the high justiciability of the right to health. However, the constitutional text does not ignore possible restrictions. But although they restrict, they do not exactly limit the right. The stance of the Federal Supreme Court (STF) in recent years in considering the right to health to be almost absolute and immediate raises concerns, especially in budgetary terms. The STF's almost unlimited approach to the right to health raises questions about the scope of this constitutionally established right. Therefore, the article analyzes the constitutional scope of the right to health. And it questions whether Virgílio Afonso da Silva's thesis is capable of defining the extent of the right to health in the 1988 Constitution. The study uses a deductive method.*

KEYWORDS: *Right to health. 35 years of the 1988 Federal Constitution. Constitutional scope.*

INTRODUÇÃO

Existe um direito ilimitado à saúde e às prestações de saúde? A jurisprudência do STF tem orientado nesse sentido. Diante disso, gradativamente, a “judicialização da saúde” tornou-se uma complexa controvérsia político-institucional, o que atinge os múltiplos níveis de governo.

Em primeiro lugar, porque questões orçamentárias e de eficiência administrativa na execução de políticas públicas de saúde passaram a ter sua legitimidade contestada na esfera judicial, deslocando para este lócus o conflito entre o indivíduo e o Poder Público. Em segundo, a ausência de critérios claros e razoavelmente objetivos que embasem as decisões judiciais provoca consequências negativas na organização e no planejamento dos serviços públicos de saúde.

Com isso, embora não seja um tema novo, a judicialização ainda gera repercuções negativas no cenário de saúde e grande parte dessa demanda está relacionada a medicamentos que se destacam com um dos mais altos índices de busca pelo judiciário.

O texto da constitucional é, em parte, responsável pela *justiciabilidade* do direito à saúde, ou seja, pela possibilidade de se exigir esse direito perante os tribunais, mas isso não significa que a norma constitucional ignora quaisquer eventuais restrições. Além disso, restringir não significa, propriamente, limitar esse direito, mas o ampliar ainda mais.

Não obstante, a postura do STF, ao considerar o direito à saúde e às prestações de saúde enquanto absoluto e quase imediato, tem gerado preocupações. As conclusões de estudos recentes apresentam indicativos de que o próprio STF pode ser, em parte, responsável pela judicialização que se instalou e cresce vertiginosamente no país. A principal preocupação que decorre do posicionamento da Corte tem se mostrado em termos orçamentários, mas não é exclusiva. Há indicativos de que a judicialização pode vir a comprometer o orçamento de saúde se não for contida.

A jurisprudência do STF indica que a Corte interpreta o direito à saúde e às prestações de saúde forma quase **ilimitada**³. Diante disso, nos 35 anos da CF/88 ainda parece estar em questionamento a abrangência do direito à saúde constitucionalmente estabelecido. Com isso, o artigo questiona: a tese de Virgílio Afonso da Silva é capaz de definir a abrangência do direito à saúde na CF/88? O método utilizado é o dedutivo, e a pesquisa é bibliográfica.

2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, POSICIONAMENTO JUDICIAL E REPERCUSSÕES

A convergência de fatores que envolvem a saúde na ordem constitucional é complexa. Além disso, esbarra com uma série de problemas. Muitos destes decorrem do próprio arranjo federal definido pela CF/88 e a articulação das competências não legislativas na execução das políticas públicas⁴.

Reiteradamente reforçados pelo texto constitucional, a **universalidade** e a **integralidade** enquanto “proteção social plena”⁵ são os grandes objetivos da política constitucional de saúde no Brasil. Porém, a dificuldade se concentra justamente em estabelecer o que significa e até onde vai essa “plenitude” no cenário fático, consideradas todas as suas variantes.

Os princípios da universalidade, da igualdade e da gratuidade não se confundem⁶. Mas a relação desses três princípios, considerada no plano fático, até hoje sugere enredamento quando confrontada com o problema da escassez

³ BRUSTOLIN, A. O Poder judiciário como ator principal da judicialização: uma análise sobre o comportamento do STF e suas repercussões no caso da saúde. In: NASCIMENTO, A. R.; VIEIRA, I. P. (Orgs.). **Democracia e Constituição**: reflexões para o debate jurídico no século XXI. São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 115-132.

⁴ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁵ RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 301.

⁶ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **RIDB**, v. 2, n. 4. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

de recursos. Ao longo dos anos, não foram poucas as discussões sobre os problemas de eficácia e efetividade da norma constitucional no âmbito dos direitos sociais, diante das limitações orçamentárias. Essa parece ser ainda uma das preocupações que ocupa o cerne dos debates em matéria de saúde⁷.

Quando se fala na concretização universal e integral da saúde, isso esbarra em uma série de problemas que serão sintetizados com a expressão “escassez de recursos”. São eles: 1) o estágio de desenvolvimento insuficiente do Estado para a sua garantia⁸; 2) a colisão entre questões orçamentárias no tema da despesa em saúde quanto ao controle social da despesa pública e a garantia do direito integral à saúde⁹; 3) a modificação dos procedimentos e incorporação de tecnologias na área da saúde, o que encarece os tratamentos e o problema da “farmaceutização” da saúde^{10,11}.

Some-se a isso tudo o período de políticas de austeridade que se vivencia no Brasil, aceleradas e intensificadas¹² a partir do governo provisório de Michel Temer¹³ e aprofundadas no governo de Jair Messias Bolsonaro¹⁴. Das “ações de desmonte”¹⁵ na saúde, durante os anos 2016, 2017 e 2018 no governo Temer destaca-se, principalmente, a aprovação da “Emenda Constitucional n. 95 de

⁷ WANG, D. W.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, set./out. 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

⁸ BOBBIO, 1992.

⁹ LUHMANN, 1985.

¹⁰ Este ponto será aprofundado no último capítulo.

¹¹ BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, v. 23, n. 1, jan./mar., 2016, pp. 173-192. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=386144717011>. Acesso em: 12 jun. 2020. p. 183.

¹² De se destacar que a saúde no Brasil já vivencia impasses desde os anos 90, com processo de contrarreforma do Estado, privatização e retrocessos na política de saúde brasileira (Bravo; Pelaez; Pinheiro, 2018, p. 11).

¹³ Ocasionalmente pelo *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff em 31 de agosto de 2016.

¹⁴ BRAVO, M. I. S.; PELAEZ, E. J.; DE MENEZES, J. S. B. A Saúde nos governos Temer e Bolsonaro: Lutas e resistências. **SER Social**, [S.I.], v. 22, n. 46, p. 191-209, 2020. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/25630. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁵ BRAVO, M. I. S.; PELAEZ, E. J.; DE MENEZES, J. S. B. A Saúde nos governos Temer e Bolsonaro: Lutas e resistências. **SER Social**, [S.I.], v. 22, n. 46, p. 191-209, 2020. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/25630. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 195.

dezembro de 2016"^{16,17}, sem contar o colapso do sistema de saúde brasileiro diante da pandemia da COVID-19¹⁸, agravado pela desastrosa atuação do então presidente Jair Messias Bolsonaro, que colocava em risco a estabilidade do SUS.

A resposta para a segunda questão proposta no início da seção não é dada pelo texto constitucional. A CF/88 não define o que significa "garantir a saúde"^{19, 20}. Há "[...] um problema de definição mais precisa do conteúdo das prestações, sendo insuficientes as referências constitucionais às noções de cura, prevenção ou promoção (art. 196), assim como a um imperativo genérico de 'integralidade' (art. 198, II, CF)"²¹. Essa interpretação²² fica a cargo do intérprete. É daí que decorrem uma série de problemas.

Uma das características centrais da experiência brasileira pós-88 tem sido o crescente papel institucional do Poder Judiciário no espaço público do país. Nota-se, pelo exposto, que a CF/88 é, em parte, responsável por esse fenômeno.

¹⁶ Popularmente conhecida como "Emenda do Teto de Gastos Públicos", a Emenda Constitucional 95/2016, instala um novo regime fiscal que limita, por vinte anos os gastos públicos. Determina, por exemplo, aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino no país.

¹⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016.** Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

¹⁸ O trabalho foi concluído em meados de março de 2021, período em que as mortes por COVID no Brasil representam um terço dos óbitos no mundo e o sistema de saúde brasileiro trabalha com sua lotação máxima, um grave período de crise, no contexto em que a atuação do Governo Federal especialmente com relação ao atraso na compra de vacinas e descrédito da ciência, bem como encorajamento da população à não adotar as medidas de segurança mundialmente estabelecidas, tem sido drasticamente questionada e negativamente criticada.

¹⁹ RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde:** de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 301.

²⁰ SARLET, I. W. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

²¹ SARLET, I. W. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020. p. 20.

²² SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução: Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. **Administração Pública**: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570.

Ao ampliar as possibilidades de reclamação perante o judiciário em busca da efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos e diante da indefinição no que tange à abrangência do direito à saúde, contribuiu de forma mais significativa para a transferência de poderes decisórios das instâncias políticas para os Tribunais.

Gradativamente, a judicialização da saúde tornou-se uma complexa controvérsia político-institucional, atingindo os múltiplos níveis de governo. Em primeiro lugar, porque questões orçamentárias e de eficiência administrativa na execução de políticas públicas de saúde passaram a ter sua legitimidade contestada na esfera judicial, deslocando para este *locus* o conflito entre o indivíduo e o Poder Público. Em segundo lugar, a ausência de critérios claros e razoavelmente objetivos que embasem as decisões judiciais provoca consequências negativas na organização e no planejamento dos serviços públicos de saúde.

Estudos recentes^{23,24,25,26} sugerem indícios de que a postura da Corte estaria contribuindo para o crescimento do litígio em saúde no país. A pesquisa realizada pelo INSPER (2019), encomendada pelo CNJ, e o estudo de Vasconcelos²⁷ chamam especial atenção por indicarem que a “solução” para o problema da judicialização estaria sob o controle do próprio STF.

²³ WANG, D. W.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, set./out. 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁴ BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, v. 23, n. 1, jan./mar., 2016, pp. 173-192. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=386144717011>. Acesso em: 12 jun. 2020.

²⁵ INSPER, INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (Coords.). [S.I.]: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

²⁶ VASCONCELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

²⁷ VASCONCELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

O STF, ao longo dos anos “se tornou um ator incontornável na formulação e execução de políticas públicas”²⁸. A discussão avançou para a análise de como essas decisões têm impactado o cenário brasileiro. Decisões aclamadas e louváveis por alargarem o âmbito de proteção de direitos constitucionalmente estabelecidos são muito questionadas pela técnica utilizada^{29, 30, 31}.

No que refere ao direito à saúde, a primeira decisão no âmbito do STF relevante para a análise realizada, pelas razões já estabelecidas, é a decisão proferida em 1997 pelo Ministro Celso de Mello em sede de Medida Cautelar na Pet 1246 MC / SC – Santa Catarina, que envolveu menor impúbere portador de “Distrofia Muscular de Duchene”. Na decisão, a Corte concebe o direito à saúde de forma *irrestrita* e de *aplicabilidade imediata*, ou seja, não reconhece na decisão quaisquer limitações a este direito.

Essa decisão é apontada como “estopim” para o que decorreria nos próximos anos: a massificação de ações pleiteando medicamentos relacionados ao tratamento da AIDS. A decisão proferida no RE 271.286 no ano de 2000, tendo novamente como Relator o Ministro Celso de Mello, é emblemática nesse sentido.

A interpretação da Corte em comparação com a decisão anteriormente analisada é similar, mas com diferenças que, neste estudo, foram consideradas relevantes. Novamente, o STF interpretou o direito à saúde enquanto garantia *imediatamente realizável* e de *impostergável* realização pelo Poder Público.

²⁸ VASCONSELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020. p. 84.

²⁹ VALLE, V. R. L. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

³⁰ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

³¹ VASCONSELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

Essa decisão foi um divisor de águas quando se fala em judicialização da saúde no Brasil^{32, 33, 34, 35} acarretando repercussões tanto positivas quanto negativas. Sendo aclamada, mas também objeto de severas críticas.

Outras importantes decisões do STF³⁶ que envolvem postulações relativas ao direito à saúde e à demanda de medicamentos poderiam ser mencionadas. Mas, por já terem sido objeto de outras pesquisas empíricas ou não, o estudo desse complexo de decisões não será foco do presente artigo.

Sem ignorar os acontecimentos que sucederam esse período, a última decisão analisada é o julgamento do Recurso Extraordinário RE 657.718/MG, julgado pela Corte em 2019 cujo tema central analisado foi a possibilidade de concessão de medicamento sem registro na ANVISA³⁷.

O STF no julgamento do RE 657.718/2019 MG também considera o direito à saúde como um direito que guarda estrutura de um direito **individual** e **imediatamente realizável**. Além disso, outro ponto a ser destacado na decisão é um dos principais argumentos levantados pelo Ministro é a **valorização da vida e a sua relação intrínseca com o direito à saúde**.

A atual postura do Poder Judiciário (e especialmente do STF) tem sido questionada por muitas pontas. Parece haver um consenso de que esta tem gerado repercussões nas relações sociais. Muitas controvérsias ainda recaem sobre a atuação do STF, talvez e, principalmente, pela utilização de uma técnica questionável por parte da Corte.

³² VASCONSELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

³³ SILVA, V. A. A evolução dos direitos fundamentais. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, [S.I.] v. 6, 2005, p. 541-558. Disponível em: <https://constitucional.direito.usp.br/wpcontent/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

³⁴ SILVA, V. A. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. **Direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002307976>. Acesso em: 10 dez. 2019.

³⁵ SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução: Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. **Administração Pública**: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570.

³⁶ Ver ADI 5.592; RE 657.718; ADI 4.066; RE 566.471; RE 855.178.

³⁷ STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário**. RE 657718 MG - Minas Gerais, Relator: Ministro Marco Aurelio. DJ: 03/06/2019. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 02 fev. 2020.

3 A ABRANGÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS PROBLEMAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

No que diz respeito à indagação se a postura do STF foi capaz de contribuir com a efetivação do direito à saúde no cenário brasileiro, só é possível afirmar que a postura da Corte foi positiva no que diz respeito ao caso do HIV/AIDS^{38,39}. E, portanto, contributiva para este caso específico. Não obstante, no enredamento que seguiu a reboque com as demandas relativas a antirretrovirais, parece que a atuação da Corte, por outro lado, tem o “potencial de aumentar as desigualdades na prestação de serviços de saúde”⁴⁰.

Para explicar isso melhor, é preciso retomar uma das perguntas realizadas no início do trabalho e que não foi totalmente resolvida. Mencionou-se que o texto constitucional brasileiro não determina a abrangência do direito à saúde e, portanto, essa definição ficaria a cargo do intérprete. Essa afirmação poderia indicar, à primeira vista, que **qualquer** tipo de interpretação é capaz de ser aceita. Todavia, este não é o caso.

Diversos autores que consideram o direito à saúde passível de limitações^{41,42}. Apesar disso, suas definições de qual seriam esses “limites” ou da definição de abrangência deste direito não é clara. Para Raefray⁴³, a visão

³⁸ MAESTAD, O.; RAKNER, L.; FERRAZ, O. L. M. Assessing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil Colombia, Costa Rica, India, and South Africa. In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. *Litigating health rights*: can courts bring more justice to health. [S.l.]: Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, p. 273-371, *kindle*.

³⁹ ROSEVEAR, 2018.

⁴⁰ BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, v. 23, n. 1, jan./mar., 2016, pp. 173-192. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=386144717011>. Acesso em: 12 jun. 2020. p. 176.

⁴¹ RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁴² SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **RIDB**, [S.l.], v. 2, n. 4. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁴³ RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

nacional de saúde é reducionista, pois voltada para aquela noção meramente curativa de atenção médica e hospitalar, o que remonta ao antigo modelo do Seguro Social. De acordo com a autora, o SUS teria uma viabilização mais célere e efetiva se fosse corretamente dimensionada a garantia de saúde com o direcionamento para as chamadas “medidas de atenção primária” relativas às políticas de saneamento básico nas cidades, controle ambiental e educação para a saúde, além de outras medidas de sustentabilidade social. Essas medidas de prevenção e voltadas para a saúde coletivamente considerada contribuiriam para “desafogar” o SUS.

Nesse sentido, sustenta que a saúde não deve ser individualmente considerada. Porque não existiria “[...] um quinhão de saúde para cada indivíduo, [mas] o uso coletivo de um sistema que é construído e se desenvolve com o esforço de todos, dentro do conceito de comunidade”⁴⁴. Essa interpretação, todavia, não é capaz de definir a abrangência constitucional do direito à saúde.

Em primeiro lugar porque ao se desviar da noção individual do direito à saúde, a autora acaba por desconsiderar este aspecto que é constitucionalmente estabelecido, diante da sua fundamentalidade e centralidade na proteção da pessoa. Em segundo lugar, apesar de Raefray apresentar importantes contribuições com relação à necessidade de ampliação da noção de saúde e o fortalecimento de políticas de saneamento básico nas cidades, controle ambiental e educação para a saúde, a autora sequer indica indícios de como isso seria implementado. Possivelmente porque essa tarefa, analisada apenas sob a ótica da saúde, seja muito difícil (para não dizer utópica) no Brasil.

A proposta de solução apresentada por Raefray demandaria um complexo de ações coordenadas, que dependem da atuação do Estado. Esta é indispensável “[...] para promover as modificações estruturais necessárias para a superação do desenvolvimento”⁴⁵, já que a “[...] falta de integração social, econômica e política continua exigindo uma decisiva atuação do Estado”⁴⁶. Isso tudo se torna mais complicado em um país que ainda tem muitos problemas a

⁴⁴ RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 302.

⁴⁵ BERCOVICI, 2013.

⁴⁶ BERCOVICI, 2013, p. 301.

resolver. A exemplo, discriminações racial, geográfica e de gênero, que repercutem em tantos outros indicadores.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, nos anos de 2018 e 2019 a extrema pobreza no Brasil se manteve em 6,5% da população, afetando **mais da metade dos nordestinos e 39,8% das mulheres pretas ou pardas**⁴⁷. Questiona-se, inicialmente, como o fortalecimento de políticas **exclusivamente** em saúde poderiam resolver este problema? O ponto a que se quer chegar é que sustentar um posicionamento como o de Raefray é julgar uma resposta relativamente “simples” ou “generalizada” que envolve uma série de fatores e atores para um problema extremamente complexo⁴⁸.

Figueiredo⁴⁹ vai um pouco além ao sustentar que a tutela do direito à saúde é um direito *individual e coletivo*, mas cuja proteção “[...] não se circunscreve às pessoas em si mesmas, mas abrangem a comunidade em que vivem, isto é, a sociedade em seu conjunto”. A autora aponta a necessidade de políticas coletivas voltadas para a proteção da população como um todo e mesmo das **futuras gerações**. Essas ideias de “sustentabilidade” e de tutela das “futuras gerações” do direito ambiental⁵⁰.

Ainda que esse discurso siga em consonância com as articulações que são desenvolvidas em nível internacional por meio da OMS, assim como Raefray, a autora não vai além. E, por isso, não define, afinal, a abrangência do

⁴⁷ IBGE, 2019, grifo nosso.

⁴⁹ FIGUEIREDO, M. F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, São Paulo, v. 12, n. 3, 2010, p. 220-226. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300003&lng=pt&nrm=iso&tlang=pt. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 224.

⁵⁰ FIGUEIREDO, M. F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, São Paulo, v. 12, n. 3, 2010, p. 220-226. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300003&lng=pt&nrm=iso&tlang=pt. Acesso em: 02 fev. 2020. p. 224.

direito à saúde na CF/88. As conclusões dos estudos desenvolvidos por Sarlet⁵¹ e Sarmento⁵² são no mesmo sentido.

Em matéria de saúde, há certa ambiguidade na produção acadêmica até então citada quando se fala em estabelecer a abrangência desse direito. Há praticamente um consenso entre os autores citados de que o texto constitucional não oferece essa resposta, afirma-se que a promoção e proteção da saúde devem ser em seu mais alto grau. Por outro lado, admite-se que existem limitações.

Com base essencialmente no texto constitucional, a universalidade do SUS ainda está relacionada à “integralidade” no atendimento. A CF/88 não estabelece eventuais “limites” para as prestações de saúde e, portanto, não estabelece o seu grau de proteção. Assim, Sarlet e Figueiredo⁵³ sustentam que a garantia constitucional compreende a **maior amplitude possível**, mas isso não afasta a existência de certos limites, especialmente técnicos⁵⁴. Quais são esses limites? Raefray, Figueiredo, Sarlet e Sarmento não dão conta de estabelecê-los de forma clara. Essa é uma das dificuldades que se pretende enfrentar.

A produção acadêmica desenvolvida por Raefray, Sarlet, Figueiredo e Sarmento também não dão conta de definir, objetivamente, qual seria a abrangência do direito à saúde na CF/88. A análise do direito à saúde com base na produção desenvolvida pelos autores fez com se concluisse, em um primeiro

⁵¹ SARLET, I. W. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

⁵² SARMENTO, D. **A proteção dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2009. Disponível em: <http://files.camlinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

⁵³ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **RIDB**, [S.I.], v. 2, n. 4. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁵⁴ SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **RIDB**, [S.I.], v. 2, n. 4. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

momento, que o direito à saúde é protegido em seu “grau máximo”⁵⁵, ⁵⁶, ⁵⁷ e percebida tanto como um direito **individual** e quanto **coletivo** na ordem constitucional brasileira.

A tese desenvolvida por Silva⁵⁸, por outro lado, vai além. O autor considera que a **interpretação** é a solução para a definição de um conteúdo essencial de cada direito e, assim, determinar a sua abrangência. Entretanto, não se trata de **qualquer** interpretação, porém, notadamente, daquela que inclui no processo de ponderação e da aplicação da proporcionalidade, **interesses coletivos** não protegidos diretamente por direitos. Silva considera que o direito à saúde é um direito individual, mas, contrariamente aos demais autores analisados, o autor afirma que o que existe, de outra ponta, não é um direito coletivo, e sim um **interesse coletivo**.

O autor comprehende os direitos fundamentais e socioeconômico enquanto **direitos individuais** ao acatar o enfoque **subjetivo** dos direitos fundamentais⁵⁹. Assim, julga que estes direitos devem garantidos em sua **máxima amplitude possível**⁶⁰. Isso não significa, segundo o autor, que essa amplitude deixe de esbarrar em limitações fáticas e jurídicas. Esse é o ponto em que, segundo o autor, parece haver maior distorção na interpretação da norma constitucional por parte do STF.

Isso porque os direitos fundamentais e sociais **não são absolutos**. Esses direitos têm um “conteúdo essencial”, sendo passíveis de **restrições**. Desse modo, sempre que há uma colisão entre regras e princípios, não há uma “colisão

⁵⁵ RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

⁵⁶ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁵⁷ SARMENTO, D. **A proteção dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2009. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

⁵⁸ SILVA, V. A. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, [S.I.] v. 6, 2005, p. 541-558. Disponível em: <https://constituciao.direito.usp.br/wpcontent/uploads/2005-RRAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

⁵⁹ SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. *In:* PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução: Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. **Administração Pública**: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570.

⁶⁰ SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. *In:* PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução: Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. **Administração Pública**: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570.

propriamente dita”, mas uma relação de **restrição**⁶¹. A solução para colisão, em casos simples, quando suscitam dúvidas sobre a constitucionalidade, não gera maiores problemas. Todavia, em casos complexos e problemáticos – como o da saúde – decorrem as maiores dificuldades⁶².

A teoria desenvolvida é relevante para este estudo, porque tese desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva é capaz de definir a abrangência do direito à saúde na ordem constitucional brasileira. Ao falar em “conteúdo essencial” de direitos fundamentais e sociais, não se pretende trabalhar a ideia isolada de “mínimo existencial”, por vezes, avaliada de forma rasa – inclusive pela jurisprudência do STF ao admitir “limites”, mas os considerar “secundários”⁶³, por exemplo – e tomá-lo nos termos da interlocução realizada por Silva.

O autor desenvolveu a sua tese a partir da necessidade de definir um “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais em geral, mencionado nos estudos de Carlos Ari Sundfeld e Daniel Sarmento, como “conteúdo mínimo” ou “essencial” e do designado “mínimo existencial”, comumente referenciado na jurisprudência do STF⁶⁴, segundo ele, de forma equivocada e com incoerências técnicas.

Silva parte do pressuposto de que a análise do texto constitucional, por si só, não é suficiente para a definição do “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais. Com relação ao direito à saúde, também se chegou a essa conclusão, variável que permite se utilizar da teoria de Silva, na tentativa de encontrar uma solução para a questão.

Da conclusão que os direitos fundamentais teriam um conteúdo essencial e, portanto, seriam passíveis de restrições (aparentemente simples), decorrem questões extremamente complexas e que geram “problemas inter-relacionados”.

⁶¹ SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. *In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução: Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. Administração Pública*: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570. p. 52.

⁶² SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. *In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução: Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. Administração Pública*: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570.

⁶³ STF, 1997.

⁶⁴ SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. *In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução: Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. Administração Pública*: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570.

São eles: “(a) a definição daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) a relação entre aquilo que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições. [...]”⁶⁵.

A construção da tese de Silva acata o enfoque subjetivo⁶⁶ dos direitos fundamentais e considera que os direitos sociais devem ser garantidos em sua **máxima amplitude possível**⁶⁷, mas não ignora que essa amplitude esbarra em limitações fáticas e jurídicas ao admitir, nesses casos, a aplicação da **teoria externa** de direitos fundamentais. A tese desenvolvida pelo autor vai além e coloca esse problema às claras ao tomar como ponto de partida a restrinabilidade dos direitos fundamentais e sociais, para, a partir de então, apresentar uma possível solução.

De acordo com Silva⁶⁸, a aceitação de que existem colisões entre direitos e que restrições são necessárias em algumas situações é o resultado de um modelo que **amplia o âmbito de proteção dos direitos fundamentais** e, ao mesmo tempo, o conceito de intervenção estatal⁶⁹. Diante disso, após realizar a distinção entre princípios e regras, o autor aceita um **suporte fático amplo** dos direitos fundamentais.

Quando se pensa na colisão entre regras e princípios, não haveria uma “colisão propriamente dita”, mas uma relação de **restrição**⁷⁰. Todavia, dos complexos e problemáticos é que decorrem as maiores dificuldades.

Casos difíceis (problemáticos) aqueles em que a aplicação da regra por subsunção, em determinado caso concreto, levaria a situações consideradas incompatíveis com algum princípio constitucional decisivo para o caso concreto, sem que, no entanto, essa incompatibilidade seja algo verificável em abstrato

⁶⁵ SILVA, 2005, p. 24.

⁶⁶ Para realizar essa opção, Silva analisa as dicotomias existentes entre os enfoques subjetivo e objetivo e as teorias absoluta e relativa de direitos fundamentais.

⁶⁷ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁶⁸ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁶⁹ SILVA, 2005.

⁷⁰ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 52.

e, portanto, sem que haja razões para considerar a regra inconstitucional⁷¹.

A questão que envolve o direito à saúde é justamente um desses casos difíceis ou problemáticos. Alguns autores, ao enfrentar essa questão, limitam-se a afirmar que o direito à saúde deve ser tutelado na maior amplitude possível, e a análise da jurisprudência do STF revela esse mesmo desfecho. Mas, afinal de contas, essa interpretação significa que o direito à saúde é isento de qualquer limitação?

A interpretação (mais coerente) da CF/88 sugere que essa resposta não é afirmativa. Como determinar, então, em que casos esses direitos podem sofrer restrições? Da análise da tese desenvolvida por Silva, a resposta depende da solução de outra questão: qual é o âmbito de proteção do direito à saúde? Ou, melhor, qual é o “conteúdo essencial” do direito à saúde?

De acordo com Silva⁷², “[...] a definição do âmbito de proteção de determinado direito fundamental responde a pergunta acerca de que atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma que garante o referido direito”. Pode parecer, à primeira vista, que essa seja uma tarefa simples, mas não é. Então, qual seria o problema? O problema é justamente definir, forma correta, o que é tutelado no âmbito fático. Com relação aos direitos sociais *prestacionais*, como é o caso do direito à saúde, recaem dificuldades ainda maiores em se definir o que faz parte do âmbito de proteção deste direito. Nesse sentido, uma pergunta se impõe: o que é protegido pelo direito à saúde?

Por ser o direito à saúde individual e haver um interesse coletivo, Silva sugere ser equivocada a análise desses direitos quando lhes é importado o “suporte fático” dos direitos de defesa⁷³. Para o autor, “os problemas

⁷¹ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 53.

⁷² SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 72.

⁷³ Que exigem uma abstenção estatal, uma não interferência do Estado para que possam ser livremente exercidos.

relacionados a direitos sociais são justamente a falta de realização destes direitos que decorre de uma omissão estatal ou de uma ação ineficiente”⁷⁴.

Diante disso, o conceito do que é protegido e de intervenção precisam ser alterados para que se levem em consideração **ações**, já que, no caso dos direitos prestacionais, está-se diante de **liberdades negativas**, em que a “intervenção” estatal é um **não agir ou um agir de forma insuficiente**.

O autor sustenta a ideia de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais. Alarga o âmbito de proteção desses direitos ao máximo e considera toda e qualquer regulamentação como potencial ou real restrição, impondo o **ônus argumentativo ao responsável pela restrição**, o que não está presente em outros modelos. Para o autor, “[...] definir o conteúdo daquilo que é protegido por cada direito fundamental é definir seus limites”⁷⁵.

A pergunta é: como delimitar o âmbito de proteção? De acordo com Silva, cabe à interpretação constitucional definir o que faz parte da essência de cada direito fundamental. No caso dos direitos sociais, a definição de um “conteúdo essencial” depende da definição do **suporte fático** desses direitos.

[...] é somente a partir do paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não têm nenhuma influência no *conteúdo* do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu *exercício*, que se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada sua validade e, sobretudo, sua extensão *prima facie*⁷⁶.

A teoria externa pressupõe a distinção entre o direito *prima facie* e o *direito definitivo*. Nos termos defendidos por essa teoria, “somente nos casos concretos, após o sopesamento, ou, se for o caso de aplicação da regra da proporcionalidade [restrição adequada, necessária e proporcional em sentido estrito], é possível definir o que definitivamente vale”⁷⁷. De modo que, para os adeptos dessa teoria, o conteúdo essencial de um direito é **variável de acordo**

⁷⁴ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 77.

⁷⁵ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 86.

⁷⁶ SILVA, 2005, p. 39.

⁷⁷ SILVA, 2005, p. 40.

com as situações concretas. Silva defende um modelo de restrição incompatível com as teorias tradicionais acerca da eficácia das normas constitucionais, sem a eleição de uma ou outra teoria, com base na teoria externa⁷⁸.

Com relação aos direitos sociais, tem-se situações em que o Estado, que deveria agir para realizar direitos, permanece inerte. Nesse caso, diante da ressalva já realizada no início deste tópico, importante compreender a relação entre “conteúdo essencial” e a ideia de “mínimo existencial”. A definição de “mínimo existencial”, por sua vez, deve considerar que diante de um suporte fático amplo destes direitos, reconhecido o seu viés subjetivo, ou seja, **considerando que estes direitos são individuais**, os direitos sociais devem ser realizados em sua maior amplitude, mas sem que sejam ignoradas as condições **fáticas e jurídicas**.

Assim, a ideia de “mínimo existencial”, portanto, somente faz sentido se considerada nestes termos. Silva chega a essa conclusão diante da contraposição de enfoques das teorias internas⁷⁹ e externa^{80,81} e analisa a principal forma de controle das restrições de direitos fundamentais: a proporcionalidade.

[...] O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições. Recursos a conceitos como ‘mínimo existencial’ e ‘reserva do possível’ só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou, seja, mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas de forma extremamente vaga, de reserva do possível⁸².

⁷⁸ SILVA, 2005.

⁷⁹ De forma sintética, para a teoria interna a definição do conteúdo e extensão de um direito não estaria relacionada a outros fatores, mas intrinsecamente relacionada ao próprio direito. A teoria interna, não admite restrições aos direitos fundamentais, partindo de uma concepção absoluta destes direitos (SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 130).

⁸⁰ A teoria externa, por sua vez, “[...] não somente aceita como também pressupõem – em quase todos os casos – a necessidade de restrição a direitos fundamentais” (SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 205. p. 131). Para essa teoria há o direito em si e suas restrições e essa diferença promove consequências práticas e teóricas significativas (SILVA, 2005, p. 38-39).

⁸¹ SILVA, 2005, p. 36.

⁸² SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 205.

Quanto ao direito à saúde, a realização desse direito social esbarra em uma série de fatores como a evolução das tecnologias e, principalmente, a escassez de recursos. O segundo caso faz com que esse direito se encontre no centro da “tensão entre interesses individuais e interesses coletivos”⁸³, que decorre tanto da universalidade do próprio direito como de acesso ao SUS, conforme mencionado.

É justamente neste ponto que reside a conclusão do autor que afasta, inicialmente, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível⁸⁴. O autor sugere, desse modo, uma ampla abertura para restrições a direitos fundamentais⁸⁵.

Essa restringibilidade, ao contrário do que possa parecer, acompanhada de uma exigência de fundamentação constitucional – elemento que confere inovação à tese defendida pelo autor – para qualquer caso de restrição é responsável por elastecer a proteção destes direitos.

Dessa conclusão, ressalta Silva⁸⁶ a crença de que algumas normas têm eficácia limitada pode levar a duas posturas diferentes: com base em uma determinada concepção de separação de poderes, sugere-se que os juízes não têm possibilidade de (e não podem) agir e devem esperar uma ação dos poderes políticos; por outro lado, argumenta-se que a tarefa do juiz é “[...] substituir os juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios”⁸⁷.

A tese desenvolvida pelo autor, todavia, reprova essas convicções e sugere que a restringibilidade se dá por meio da **interpretação**. Que, por sua vez, como adverte o autor, deve ser racional. Mas não no sentido de excluir por completo qualquer objetividade na interpretação e na aplicação do direito, porque “exigir isso de qualquer teoria, é exigir algo impossível”⁸⁸.

⁸³ SILVA, V. A. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, F. D. et al. (Orgs.). **Direito Público em evolução**: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 735-747. p. 735.

⁸⁴ SILVA, 2005.

⁸⁵ SILVA, 2005.

⁸⁶ SILVA, 2005.

⁸⁷ SILVA, 2005, p. 51.

⁸⁸ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 147.

O autor faz a ressalva de que a decisão do juiz não é a única, nem a melhor, mas, por razões de competência, aquela que vinculará aqueles ligados à decisão⁸⁹. O que se pode exigir de tentativas de elevação da racionalidade de um procedimento de interpretação e aplicação do direito como sopesamento, é a fixação de alguns **parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo**, ou seja, **de parâmetros que permitam algum controle da argumentação**⁹⁰.

A tese do autor sustenta, assim, que a postura mais adequada parece ser aquela que se desenvolva “[...] a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade”⁹¹. Não obstante, com relação às demandas de medicamentos, a atuação do STF parece estar na contramão. A Corte ignora as análises e decisões do órgão administrativamente competente para decidir sobre a inclusão ou não de um medicamento na política do SUS (CONITEC), assim como aparenta desconsiderar a produção acadêmica desenvolvida que vem indicando fortes indícios de comprometimento orçamentário caso as concessões judiciais não sejam freadas.

Diante disso, como determinar o que compreende a abrangência do direito à saúde na CF/88? A partir da teoria de Silva, conclui-se que os direitos sociais não podem ser considerados como se tivessem a mesma estrutura de direitos individuais⁹², ou seja, os **interesses coletivos** não protegidos diretamente por direitos, devem ser levados em consideração.

No caso da saúde, políticas públicas são destinadas para a concretização desses direitos no plano fático e dependem de disponibilidade orçamentária para tanto. Mesmo assim, a saúde em seu aspecto coletivo faz parte do que se pode denominar de limbo jurídico com embate pouco explorado. Para Silva, “[...] juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas concedendo

⁸⁹ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁹⁰ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁹¹ SILVA, 2005, p. 51.

⁹² SILVA, V. A. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. **Direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002307976>. Acesso em: 10 dez. 2019.

de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde [...] a todo aquele que recorrer ao judiciário”⁹³.

Isso permite avançar na temática e sustentar que, no caso da concessão de medicamentos, aqueles que esbarrarem em **interesses coletivos** não integram o âmbito de proteção do direito à saúde. A partir dessa constatação, o questionamento que se coloca é: como a Corte poderia fazer isso de forma racional e estratégica? O posicionamento das Cortes estrangeiras e as suas repercussões nos cenários dos países podem apontar respostas prováveis.

Parte da interpretação do STF, como visto, pode decorrer de uma aplicação do texto constitucional brasileiro. A interpretação por parte do STF do direito à saúde desde a primeira decisão analisada em 1997 é denominada como “jurisprudência do direito a tudo”⁹⁴. Diferentemente do que ocorre no cenário judicial, em que a saúde é interpretada como “garantia absoluta”, a realidade fática é bem diferente. O direito à saúde não é incondicionalmente assegurado. Na prática, essa garantia defronta com limitações de diferentes ordens, sobretudo a de disponibilização de recursos – e não propriamente escassez de recursos. Assim, “[...] a interpretação extremamente expansiva conferida ao direito à saúde foi muito além do que a norma constitucional e a própria realidade autorizam”⁹⁵.

Silva promove uma crítica de inerente à pesquisa ao afirmar que, em alguns casos, é equivocada a ideia que se tem sobre a tese do “quanto mais, melhor” com base no instituto da dignidade humana, que é utilizada como fundamento em grande parte das decisões judiciais. O autor relata o uso indistinto do recurso da dignidade humana como um fenômeno não exclusivo do Brasil, mas que tem geralmente “[...] servido como um recurso universal para a solução de problemas que poderiam ser resolvidos com recurso a outros

⁹³ SILVA, V. A. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. **Direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002307976>. Acesso em: 10 dez. 2019. p. 588.

⁹⁴ FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, [S.I.], v. 15, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Acesso em: 05 maio 2020.

⁹⁵ FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, [S.I.], v. 15, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Acesso em: 05 maio 2020. p. 10.

direitos". Especialmente no caso dos direitos sociais, a aplicação de outras técnicas⁹⁶.

O papel protagonista se reserva ao Estado. Mas uma certa "desilusão" ou "perda de confiança" nas instâncias políticas democraticamente eleitas faz com que todas as fichas sejam apostadas no Judiciário, o que também contribui para a judicialização⁹⁷.

Todavia, a judicialização enquanto um **fato constitucional**, por assim dizer, não põe fim à questão. E, nesse sentido, pode-se dizer que há um consenso de que a atual postura do judiciário e especificamente do STF tem gerado repercussões nas relações sociais, sobretudo quanto aos dilemas existentes em relação à efetividade das políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da jurisprudência do STF permitiu verificar que a Corte, ao decidir os casos avaliados, concebe o direito à saúde como um **direito absoluto**, desconsiderando fatores externos de eventual restrição. A Corte, em suas decisões, não leva em conta o interesse coletivo. Desconsidera, ainda, decisões em âmbito administrativo por órgãos legalmente competentes para avaliar os impactos da incorporação de um novo medicamento no sistema de saúde brasileiro e o seu custo-efetividade.

O poder judiciário brasileiro, especificamente o STF, detém o poder de definir a abrangência do direito à saúde na fase interpretativa, diante da indefinição constitucional e, assim, ditar as regras do jogo do que é ou não tutelado. Nos casos de omissão ou deficiência no agir do Estado que comprometa a eficácia de direito fundamental, o artigo 5º, §1º, da CF/88 ao conferir aplicabilidade imediata a esses direitos, possibilita que eles sejam reclamados perante o judiciário. Essa tutela jurisdicional consensualmente

⁹⁶ SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

⁹⁷ BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

designada nos trabalhos produzidos sobre o assunto como positiva, mas isso não a afasta dos problemas decorrentes.

No caso da saúde, o texto constitucional, ao garantir-lo em seu **grau máximo** e lhe conferir aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF/88), possibilita a **justiciabilidade** desse direito, este é um ponto que não parece ser discutível. Mas justiciabilidade é livre de qualquer limitação? Com base na constituição brasileira, não é possível evitar que demandas sobre essa matéria cheguem ao judiciário. O que parece maleável, pelo que já foi trabalhado até aqui, é a **interpretação judicial**.

Da análise da tese desenvolvida por Silva⁹⁸, a aplicação de uma teoria interna dos direitos fundamentais e a busca pela vontade do legislador, ou seja, daquilo que o legislador pretendia proteger e o tratamento dos direitos sociais, como se tivessem a mesma estrutura dos chamados direitos individuais, não conduzem para a solução mais adequada para melhor garantia do direito à saúde.

Ao se abster de definir uma limitação, a Corte deixa a cargo de magistrados de instâncias inferiores a deliberação sobre conceder ou não determinada medicação. Essa postura acarreta inflação judiciária. É provável que a manutenção da postura adotada há cerca de vinte anos por parte da Corte não permite vislumbrar um futuro otimista em termos de serviços de saúde e de estabilidade do próprio SUS.

REFERÊNCIAS FINAIS

BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁹⁸ SILVA, V. A. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. **Direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002307976>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BERCOVICI, G. A Constituição brasileira de 1988, as “constituições transformadoras” e o “novo constitucionalismo latino-americano”. **Revista brasileira RBEC**. Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 285-305, mai/ago, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5537756/mod_resource/content/1/GB_RBEC_26.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, v. 23, n. 1, jan./mar., 2016, pp. 173-192. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=386144717011>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pet 1246 MC / SC - Santa Catarina Medida Cautelar na Petição**. Decisão proferida pelo(a): Min. CELSO DE MELLO. Presidente: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. Julgamento: 31/01/1997. Publicação: DJ 13/02/1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho83171/false>. Acesso em 25 fev. 2020.

BRAVO, M. I. S.; PELAEZ, E. J.; PINHEIRO, W. N. As contrarreformas na política de saúde do governo Temer. **Argum**. Vitória, v. 10, n. 1, p. 9-23, jan./abr. 2018.

BRAVO, M. I. S.; PELAEZ, E. J.; DE MENEZES, J. S. B. A Saúde nos governos Temer e Bolsonaro: Lutas e resistências. **SER Social**, [S.I.], v. 22, n. 46, p. 191-209, 2020. Disponível em: 318

https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/25630. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRUSTOLIN, A. O Poder judiciário como ator principal da judicialização: uma análise sobre o comportamento do STF e suas repercussões no caso da saúde. *In: NASCIMENTO, A. R.; VIEIRA, I. P. (Orgs.). Democracia e Constituição: reflexões para o debate jurídico no século XXI.* São Paulo: Editora Liber Ars, 2020, p. 115-132.

FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, [S.I.], v. 15, n. 3, set./dez. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>. Acesso em: 05 maio 2020.

FIGUEIREDO, M. F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, São Paulo, v. 12, n. 3, 2010, p. 220-226. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300003&lng=pt&nrm=iso&tlang=pt. Acesso em: 02 fev. 2020.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais**: em 2019, proporção de pobres cai para 24,7% e extrema pobreza se mantém em 6,5% da população, 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao#:~:text=De%202018%20para%202019%2C%20a,24%2C7%25%20das%20pessoas.&text=Entre%202018%20e%202019%2C%20a,27%2C5%25%20em%202019> Acesso em: 19 dez. 2020.

INSPER, INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (Coords.). [S.I.]: Conselho Nacional de Justiça, 2019.

LUHMANN, N. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAESTAD, O.; RAKNER, L.; FERRAZ, O. L. M. Assessing the Impact of Health Rights Litigation: A Comparative Analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica, India, and South Africa. *In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. Litigating health rights: can courts bring more justice to health.* [S.l.]: Human Rights Program Series Harvard Law School, 2011, p. 273-371, *kindle*.

RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ROSEVEAR, E. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. **Revista de investigações constitucionais**. v. 5, n. 3, setembro/dezembro 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60968/37522>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SARLET, I. W. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 05 mar. 2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** 2008. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudenciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 02 fev. 2020.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **RIDB**, [S.I.], v. 2, n. 4. 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf. Acesso em: 15 dez. 2019.

SARMENTO, D. **A proteção dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2009. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

SILVA, V. A. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, [S.I.] v. 6, 2005, p. 541-558. Disponível em: <https://constitucional.direito.usp.br/wpcontent/uploads/2005-RRAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Tradução: Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. **Administração Pública**: coletânea. São Paulo: Editora UNESP, Brasília DF: ENAP, 2010, p. 549-570.

SILVA, V. A. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: ALMEIDA, F. D. et al. (Orgs.). **Direito Público em evolução**: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 735-747. p. 735.

SILVA, V. A. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. **Direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2008, p. 587-599. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002307976>. Acesso em: 10 dez. 2019.

STF, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário. RE 657718** MG - Minas Gerais, Relator: Ministro Marco Aurelio. DJ: 03/06/2019. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 02 fev. 2020.

VALLE, V. R. L. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VASCONCELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **Revista Estudos Institucionais**, [S.I.], v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

WANG, D. W.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, set./out. 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.