

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-053-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O ano de 2020 tem se caracterizado como um ano de muitos desafios na vida não apenas da sociedade brasileira, mas da humanidade como um todo. A pandemia do COVID-19 impôs à sociedade a revisão de uma série de conceitos e estabeleceu a necessidade de um isolamento social sem precedentes, capaz de inibir a realização daquilo que é o mais importante na vida em sociedade, que é o encontro fraterno com o outro, expressão máxima da natureza relacional dos seres humanos.

Foi nesse ambiente desafiador que o CONPEDI 2020 foi realizado, após o cancelamento do encontro marcado para acontecer no mês de julho na cidade do Rio de Janeiro. Para a sorte de todos, a tecnologia permitiu a superação do isolamento social, proporcionando o primeiro CONPEDI virtual, organizado com maestria pela Diretoria e colaboradores, de modo a permitir a continuidade do conagração de pesquisadores em Direito, nacionais e estrangeiros.

Coube ao nosso Grupo de Trabalho, intitulado “Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica”, a apresentação de doze artigos, todos previamente aprovados pelos avaliadores do CONPEDI, representativos da relevante temática: “O posicionamento do pragmatismo cotidiano de Posner no espectro político do pensamento liberal”; “A forma de acesso ao ensino superior nas universidades públicas: justiça, mérito, esforço e oportunidades”; “As provas no processo judicial sob a ótica da epistemologia jurídica”; “A contraposição entre Hayek e Rawls: uma teoria da justiça social”; “O direito na era da inteligência artificial: uma análise sob a ótica do racionalismo jurídico e da teoria da argumentação jurídica”; “A influência da razão pública nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em consonância com John Rawls”; “A teoria das decisões judiciais sob a ótica de Ronald Dworkin”; “Primeiras reflexões sobre o julgamento da ADI 6363 ou sobre como o Supremo Tribunal Federal afastou a aplicação de regras constitucionais sem rasgar a Constituição”; “O enfoque das capacidades por Martha Nussbaum e a busca por uma sociedade justa”; “A superação das desigualdades na Agenda 2030 das Nações Unidas sob a ótica da teoria da justiça distributiva”; “Ideologia e neutralidade científica: entre o jurídico e o político”; e “O suporte fático do direito à saúde no Brasil: as novas delimitações pelo STF - RE 566.471 e RE 657.718”.

É esse rico conjunto de pesquisas sobre as teorias da justiça que temos a honra de apresentar à comunidade científica e aos aplicadores do Direito, na perspectiva de que esses trabalhos possam contribuir para a construção de um mundo fraternal, mais justo e consciente da importância da ciência, que exurgirá passada a pandemia.

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

PPGD UNICURITIBA

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery da Silva

PPGD UNOESC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O SUPORTE FÁTICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: AS NOVAS
DELIMITAÇÕES PELO STF - RE 566.471 E RE 657.718**

**THE FACTUAL SUPPORT TOWARDS THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL:
THE NEW STATEMENTS BY THE STF - RE 566.471 AND RE 657.718**

Rogério Luiz Nery Da Silva ¹
Anna Christina Gris ²

Resumo

O presente artigo trata do direito à saúde do Brasil, com base na visão do STF, a fim de construir o suporte fático deste direito. O problema de pesquisa é a delimitação do suporte fático do Direito à Saúde e a possibilidade de restrições legítimas. O trabalho se justifica pelo ainda crescente número de ações com pedidos de fornecimento de medicamentos que tramitam perante o judiciário. O objetivo geral é analisar as teses firmada pelo Tribunal Constitucional; o objetivo específico estudar as restrições aos direitos fundamentais, segundo a teoria externa e um suporte fático amplo. O método o hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Interpretação constitucional, Direitos fundamentais restringíveis, Suporte fático, Direito à saúde, Robert Alexy

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the right to health, based on STF's view, in order to build factual support of this right. The research problem is delimitation of the factual support to the Right to Health and its legitimacy. The justification is the the still increasing number of drug claims that are being processed before the judiciary. The general objective is to analyze the theses signed by the Constitutional Court; the specific objective is to study the restrictions on fundamental rights, according to external theory and a broad factual support. The hypothetical-deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional interpretation, Restrictable fundamental rights, Factual support, Right to health, Robert Alexy

¹ Doutor em Direito; Pós-Doutorado pela Université de Paris e pela New York Fordham University School of Law; Professor do PPGD Mestrado e Doutorado da UNOESC. E-mail: dr.nerydasilva@gmail.com

² Mestranda em Direito (UNOESC). Graduação (2013) e Especialização em Direito Público (UNIVALI - 2016). E-mail: anna_brum_gris@hotmail.com

Introdução

Este estudo tem por tema o direito à saúde no Brasileiro, por meio da análise de algumas teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos de ações relativas ao fornecimento de medicamentos pela Administração Pública, proferidas a partir do fim da década de 1990 e que vêm, gradualmente, delimitando o suporte fático da tutela da saúde, propondo novos contornos jurisprudenciais ao enfrentamento das situações fáticas protegidas pelos direitos fundamentais.

O trabalho consistiu em analisar a possível ocorrência de uma releitura, ao longo desse tempo, pelo Supremo Tribunal Federal, que tenha resultado na reformulação do delineamento do direito à saúde, previsto na Constituição Federal.

A observação, em última análise, se concentrou em decisões mais recentes, proferidas nos RE 657.718 - MG e RE 566.471- RN, julgadas em 11/03/2020 e buscou verificar eventual alteração dos critérios anteriormente estabelecidos representam a legitimação de novas restrições a esses direitos, notadamente, quanto ao fornecimento de medicamentos.

O problema de pesquisa consistiu em analisar e compreender como o suporte fático das prestações relativas a medicamentos vem sofrendo novas delimitações, nos recentes anos, pelas alterações de entendimento do Supremo Tribunal Federal. Partiu-se do pressuposto que o Supremo Tribunal Federal tem contribuído no redesenho do suporte fático do direito à saúde, a partir de limitações externas, entendidas como restritivas de direitos ou não, conforme a situação fática. Tal esforço, tomou em consideração que um direito fundamental, mesmo dotado de exigibilidade, pode ser restringido ou redelimitado, desde que observados certos parâmetros, especialmente os constitucionais – de igualdade e universalidade.

A justificativa do estudo se apoia na necessidade frequente de definir, segundo bases seguras, o âmbito de proteção a cada novo pedido postulado ao Judiciário. O debate atual demanda certa ponderação entre a satisfação ilimitada do direito individual à saúde, materializado pelo fornecimento de todo e qualquer medicamento, a qualquer pessoa que dele necessite, contraposto com as reais possibilidades e limitações financeiras do Estado. Tal mensuração tem consequências práticas na definição das políticas públicas e no cumprimento do mandamento de distribuição universal e igualitária de recursos.

A pesquisa elegeu como objetivo geral estimular a reflexão crítica, sob a forma de análise dos possíveis novos elementos constitutivos do suporte fático do direito à saúde,

versados nessas decisões do Supremo Tribunal Federal e como objetivos específicos, demonstrar os aportes da concepção de direitos fundamentais não absolutos, conforme as teses principiológicas, que viabilizassem a restrição de direitos fundamentais, pelo contraste com uma teoria externa e um considerado o suporte fático amplo, a fim de constituírem os limites legítimos a essas restrições, que fossem aferíveis mediante balanceamento.

O trabalho se estruturou em três etapas, a saber: 1. Dos Direitos Fundamentais não absolutos, na qual se abordou a teoria principiológica dos direitos fundamentais; 2. Da Restringibilidade de Direitos Fundamentais, na qual a restrição de direitos deverá ser sustentada segundo a teoria externa, e com base no suporte fático amplo; 3. Direito à Saúde - sua gradativa delimitação, que apresentou o suporte legislado do direito à saúde. 4. Medicamentos - Análise da Jurisprudência, segundo a qual se estudou as decisões emblemáticas que redefinem os termos da exigibilidade do direito à saúde no Brasil e, mais especificamente, se dedicar às recentes decisões que, em matéria de prestação de medicamentos, excluem certas situações do âmbito de proteção anteriormente reconhecido.

Como Considerações Finais, decidiu-se registrar os pontos conclusivos identificados pelas partes componentes da estrutura do texto em que se deduziu esta pesquisa, como forma de compor o cenário dinâmico e em permanente alteração, a fim de estimular a reflexão crítica e, sobretudo, demonstrar a necessidade da continuidade desses estudos.

A matriz teórica de Robert Alexy, representada por sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, como justificativa da estrutura bipartida das normas e decorrente fundamentação dos direitos fundamentais e sua restringibilidade foram o norte dos trabalhos e o procedimento metodológico, a técnica de recorte bibliográfico, se desenvolveu pelo método lógico-dedutivo, ao longo das fases da pesquisa do conceito operacional.

1. Direitos fundamentais não absolutos

Há na teoria do direito uma corrente doutrinária que compreende os direitos fundamentais como não absolutos, ou seja, para essa corrente, em determinadas circunstâncias, esses direitos podem sofrer interferências que restringem sua proteção, isso porque, por sua natureza aberta, tendem a colidir e para sua concretização, muitas vezes, requerem regulamentações e interpretações que lhes emprestem precisão semântica.

Para justificar esta concepção, deve-se compreender as normas de direitos fundamentais dentro da teoria dos princípios, onde as normas podem ser constituídas em duas espécies, as regras e os princípios, entre essas duas espécies há uma diferenciação qualitativa.

Ou seja, em cada uma delas há peculiaridades, que interferem no modo como são aplicadas e a sua função dentro do ordenamento jurídico. É por meio dessa distinção que se busca uma justificação satisfatória para os temas das restrições, das colisões e da efetividade de direitos fundamentais.

Dentro deste contexto, Robert Alexy define os princípios como “[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, [...]”, o que implica na possibilidade de poderem ser satisfeitos em graus variados, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, assim, sua satisfação não depende apenas do texto normativo, mas também das possibilidades fáticas envolvidas no caso concreto (ALEXY, 1986. p.90).

Enquanto as regras são em sua aplicação “[...] sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”, caracterizam-se, assim, por um texto fechado, onde uma conduta específica é descrita com precisão, devendo ser ou não satisfeita, por isso são chamadas de mandados definitivos. (ALEXY, 1986. p.91).

Enquanto os princípios se denominam mandamentos de otimização, porque em sua estrutura apresenta um dever-ser abstrato, o que dá uma textura semântica aberta ao texto e estabelece uma diferenciação “[...] entre o que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente”, é possível a não realização total do que a norma protege *a priori*, de acordo com a situação fática *in concreto*. (SILVA, 2011, p.45).

Portanto, quando a norma é concebida sob um caráter principiológico, sobre ela incidem circunstâncias fática e jurídica, que podem limitar sua aplicabilidade prática, como quando ocorre a colisão com outras normas principiológicas ou mesmo por meio de restrições normativas, que são necessárias à sua especificação.

A cada uma dessas duas espécies normativas há um modo de aplicação peculiar, para as regras, considerando que seu âmbito de proteção ficaria previamente estabelecido, a aplicação se dá com base na subsunção entre fato e norma, e seus conflitos normativos são resolvidos por critérios de validade, como a temporalidade, a especificidade ou mesmo cláusulas de exceção. (STEINMETZ, 2001, p.125)

Enquanto os princípios, para se alcançar o correto âmbito de proteção normativo, faz-se necessário uma forma particular e mais complexa de interpretação, pois, o que é garantido definitivamente por uma norma principiológica, para Alexy, deve ser determinado por meio de uma interpretação específica denominada de balanceamento.

Assim, é possível a restrição daquilo que é garantido *prima facie*, definindo, por esse método, quais situações de fato encontram-se protegidas na construção do suporte fático da norma.

O balanceamento consiste no método de definição de pesos aos princípios, de modo a estabelecer uma relação de precedência de um sobre ou outro. (ALEXY, 1986, p. 87). O que resulta do balanceamento é uma condição de precedência. Essa estrutura das soluções de colisões é chamada por Alexy de Lei da Colisão, que indica, fundamentadamente, o resultado do balanceamento, é a constatação, que dentro de determinadas circunstâncias, há a precedência de um princípio sobre o outro. (ALEXY, 1986, p. 98)

O resultado do balanceamento é a “Lei do Balanceamento”, que resulta na máxima, “Quanto maior o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro.”, assim, o ato de balancear tem uma íntima relação com o princípio da proporcionalidade – ou máxima proporcionalidade.(ALEXY, 1986, p. 167)

Pelo exposto, percebe-se que é da Teoria dos Princípios que se obtém a base teórica para sustentação da ideia de que os direitos fundamentais não podem ser concebidos como absolutos, pois, enquanto alguns direitos fundamentais tem um texto fechado, que proíbe e protege condutas específicas, há outra espécie normativa que se apresenta com uma estrutura aberta, de modo, que seu âmbito de proteção pode ser restringido e sua aplicabilidade minimizada, quando em conflito com outras normas, ou mesmo especificadas por meio de restrições legislativas e especificações jurisprudenciais.

2. Restringibilidade dos Direitos Fundamentais

A restrição dos direitos fundamentais deve ser arguida a partir de uma teoria externa, aliada a um suporte fático amplo, que pretenda constituir os limites dessas restrições por meio de um balanceamento, pois é somente pela teoria externa que é possível se conceber as restrições dos direitos fundamentais, porque nela, para a construção daquilo que o direito de fato protege, há que se ter o bem jurídico protegido e a sua restrição. (ALEXY, 1986, p. 277)

Parte-se assim, da ideia de que aquilo que é protegido pelo direito *prima facie*, pode ser restringido, por situações externas a norma. No entanto, há que se anotar, que só são denominadas restrições, as intervenções constitucionais, que são feitas respeitando os limites da Constituição, as intervenções inconstitucionais não recebem esse nome. (ALEXY,1986,

P.277)

Essas restrições podem vir de outras regras constitucionais, especialmente quando se trata de colisões de princípios, ou, até mesmo, de regras infraconstitucionais expressamente autorizadas. Também, há restrições indiretamente constitucionais, advindas do espaço constitucional estrutural deixado para as opções legislativas discricionárias, que indiretamente incidirão sob as liberdades básicas.

Neste sentido, a constituição implica em uma moldura sobre o ordenamento, onde estabelece as questões fundamentais que devem protegidas, e ainda as que são intocáveis, em que pese, o fato de que direitos fundamentais possam ser restringidos. Assim, contidos nesses direitos há uma esfera inviolável, ou seja, um limite intangível às restrições, que não podem anular por completo o direito, a ponto de lhe retirar completamente o sentido, esse limite é denominado de núcleo essencial ¹. (SILVA, 2011, p. 182)

Dessa teoria, deriva o suporte fático do direito fundamental, que é construído pelo bem jurídico que o direito protege, denominado de âmbito de proteção, e a restrição de direito, que exclui a proteção de algumas circunstâncias que *a priori* eram tuteladas; por meio desses elementos é que se definem os fatos que estão ou não protegidos pelo direito fundamental, essa soma é denominada de suporte fático.

Como bem explicado por Virgílio (SILVA, 2011, p. 66), o suporte fático é semelhante ao fato típico penal, ou ao fato gerador no direito tributário, ou seja, é o fato pelo qual realmente irá se ativar a consequência jurídica da norma. Busca assim responder, o que, contra o que, e, o que é necessário para as consequências do direito tutelado ocorrer.

O âmbito de proteção da norma é o bem por ela protegido, ou seja, todas as características, ações, atos, fatos, estados e posições jurídicas que não podem ser lesadas. Na teoria de Alexy, adota-se uma noção de âmbito de proteção amplo, em que todas as condutas que *prima facie* tenham alguma relação com o bem protegido, estão contidas e protegidas nesse âmbito de proteção. (ALEXY, 1986, p. 322)

A adoção de uma teoria do suporte fático amplo, inclui, de antemão, todas as condutas que possam se relacionar a liberdade protegida pela norma, para depois definir quais as restrições que a delimitarão, assim, permite a equação melhor dos argumentos e contra-

¹ Virgílio Afonso da Silva, que defende que o conteúdo essencial é aquela parte da norma que não pode ser tocada, ou por restrição legislativa, ou afastada em caso de colisões, sem que haja violação do Direito Fundamental constitucionalmente protegido. Essa parte intocável da norma, “[...] nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação [...]”, assim “[...] restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.”. (SILVA, 2006, p.43)

argumentos que incidem sobre a situação, conferindo uma maior proteção normativa, porque impõe a justificação de todas as restrições que incidem sobre a norma.

Um das principais críticas referentes à adoção do suporte fático amplo, é pelo fato que se tem, por consequência, uma constitucionalização de uma série de situações, que poderiam perfeitamente serem resolvidas pelo direito ordinário, o que provoca, inclusive, uma expansão da competência do tribunal federal.

Em sua defesa, consta que nem todas as situações precisarão passar por um sistema complexo de verificação de constitucionalidade, podendo, por simples confronto de argumentos e contra-argumentos, verificar a legitimidade da intervenção realizada no direito, ainda, que a consequência seja a expansão da jurisdição constitucional. (ALEXY, 1986, p. 330)

Porém, seu melhor argumento, é que somente através do suporte fático amplo se permitirá o balanceamento adequado de argumentos e contra-argumentos prevista na teoria dos princípios, de modo a permitir a decisão fundamentada da restrição, e uma segurança quanto ao que se decidiu proteger em definitivo.

A ideia é que essa restrição, feita *a posteriori*, realiza-se por meio da aplicação do balanceamento entre os bens protegidos, valendo-se do princípio da proporcionalidade², onde se definirá se a restrição foi realizada dentro da estrutura discricionária dada ao legislador e se manteve preservado o núcleo essencial do direito.

Conclui-se, assim, que a teoria a ideia de restrição aqui apresentada, pressupõe um suporte fático amplo, que protege uma grande gama de situações em um primeiro momento, somada a ideia de restrições posteriores, que sucedem de situações externas a norma constitucional.

Portanto, sob esta constituição normativa, se dá um espaço discricionário ao legislador na definição dos direitos fundamentais. As normas de caráter principiológico tem como efeito colateral os choques de princípios constitucionais, que ocorrem pela natureza aberta de determinados direitos. Diante disso, ao Tribunal Constitucional é dado um papel importante

² A proporcionalidade é o princípio que operacionaliza o balanceamento de bens. É definida por Robert Alexy por meio de três elementos constitutivos, chamados de sub-máximas da proporcionalidade, que ajudam a operacionalizar a aplicação do princípio, são elas: 1) Princípio da adequação, que consiste na verificação se a restrição normativa oportuniza o alcance da finalidade pretendida; 2) Princípio da necessidade, relacionado com a ideia de intervenção mínima, é a verificação se a medida utilizada é a mais adequada ao fim utilizado e se não há outra medida estatal de restrição mais eficaz e menos restritiva ao fim que se pretende atingir; 3) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito, relacionado a ideia de medida proporcional, é onde ocorre a valoração dos princípios invocados, de modo a estabelecer seus pesos *in concreto* por meio do balanceamento, onde ocorre a relativização do princípio em face das possibilidades fáticas e jurídicas postas. Essas três sub-máximas formam a chamada máxima proporcionalidade, expressando todos a ideia de otimização. (ALEXY, 2015, p.18)

na definição do direito fundamental. O Tribunal, apoiado na técnica interpretativa de balanceamento, pela máxima da proporcionalidade é a quem caberá estabelecer os limites da discricionariedade legislativa, de modo a julgar se as opções legislativas respeitaram aquilo que denomina de núcleo essencial intocável dos direitos fundamentais, bem como resolverá os problemas de colisão contidos no texto constitucional, por meio de seus julgamentos, deve então criar uma dogmática que estabeleça critérios e parâmetros para a construção do suporte fático dos direitos fundamentais.

3. Direito à Saúde - sua delimitação gradativa

O direito à saúde, classificado pela Constituição Federal brasileira como um direito social, por sua natureza, demanda políticas públicas de implementação e par a garantia de sua efetividade; por essa razão, sua definição resta intrinsecamente relacionada a essas políticas.

Duarte (2012, p. 335) compreende como direito à saúde tudo aquilo que envolva a integridade física e mental dos indivíduos, considerando-o assim como “ O Direito Subjetivo Individual e Coletivo de Políticas Públicas que visem reduzir o risco de doenças e outros agravos [...]”, esse direito abarca, portanto, ações e omissões do poder público, que garantam a integridade física dos indivíduos em sua integralidade.

No ordenamento brasileiro, o Direito à Saúde foi devidamente positivado como um direito fundamental pelo texto Constitucional, em seu artigo 196³, e seguintes, nestes dispositivos, observa-se a importância dada pelo legislador constitucional na sua definição, dando-lhe uma série de diretrizes específicas que vão construir o suporte fático do direito à saúde.

Nesse sentido, artigos 197 ao 200 formulam as bases principais de aplicação da Saúde Pública no Brasil, por meio do denominado Sistema Único de Saúde, podendo-se considerar talvez o direito social, positivamente, mais protegido do ordenamento brasileiro.

Dentro desses dispositivos, define-se, que a saúde deve ser garantida pelo Sistema Único de Saúde de modo universal, descentralizado, integral e com a participação popular⁴;

³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁴ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

que abarca, assim, desde a prestação de serviços médicos, até o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias, questões sanitárias e epidemiológicas, que compreendem o saneamento básico e o controle de produção de alimentos⁵.

O direito à saúde encontra-se ainda positivado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, resolução da ONU da qual o Brasil é membro integrante, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Americana de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário. São dessas normas que surge a obrigação do Estado em prover positivamente o direito à saúde.

Vale anotar, que o próprio texto constitucional brasileiro oferece possibilidades concretas de reclame ao Poder Público pelos indivíduos, grupos de sujeitos específicos e a própria coletividade na concretização desses direitos. Como, por exemplo, a Ação Civil Pública, capaz de questionar atos lesivos e omissivos por parte do poder público, a Declaração de Inconstitucionalidade por Omissão, previstas no artigo 103, §2º da Constituição Federal, além de uma série de mecanismos processuais individuais, como o Mandado de Segurança e até mesmo as ações ordinárias de Obrigações de Fazer em face do Estado.

Comentando a tutela jurídica dada pela Constituição brasileira no que se refere ao direito saúde, esclarece Lalaguna: *“En la práctica implica que o Estado tiene la obligación de formular y aplicar políticas que aseguren el acceso universal e igual a los servicios farmacéuticos, médicos, asistenciales y hospitalarios para todas las personas, incluyendo los enfermos de HIV/SIDA.”* (LALAGUNA, 2013, p.162)

Assim, há que se compreender que o direito à saúde se apresenta para o ente Estatal como um conjunto de obrigações, que implicam dimensões positivas e negativas abarcando as obrigações de respeitar, de proteger, de garantir, incluindo a de prover de forma positiva o direito em questão. (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011, p.37 e 38)

O texto brasileiro preocupar-se com a integralidade de atendimento de todos os grupos vulneráveis, de modo, que é obrigado a elaborar políticas públicas adequadas a todos os

⁵ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015](#)) VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

sujeitos e grupos de sujeitos que necessitam de especial atenção no que se refere ao atendimento à saúde, essa integralidade é um dos principais elementos que precisam ser considerados na definição do seu suporte fático.

O direito a saúde liga-se estritamente a ideia de vida digna, compreende tanto a necessidade de se garantir a integridade física dos cidadãos, como medidas de regulamentações sanitárias e fiscalizações nos ambientes laborais, até o fornecimento de medicamentos capaz de minorar as dores de pacientes em estado terminal.

Como a maior parte dos direitos sociais, sua regulamentação depende de uma série de atos normativos para torná-lo realizável, essas regulamentações resultaram na especificação daquilo que de fato se constitui como direito a saúde e é exigível do Estado pelo cidadão como direito subjetivo.

Pela própria amplitude dada pelo texto Constitucional, nos últimos anos, o direito à saúde tem sido objeto de inúmeras ações judiciais, essas ações individuais ou coletivas, demandaram dos tribunais, decisões no que se refere o fornecimento de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, custeio de tratamento médico no exterior, etc.

Algumas dessas, inclusive, versaram sobre temas polêmicos como medicamentos não regulamentados ou em fase de teste, medicamentos de alto custo ou sem regulamentação no Brasil, o que vem gerando discussões em relação ao ativismo do judiciário no que se refere a realização de políticas públicas, o impacto dessas decisões no orçamento coletivo e até quanto a fundamentação adequada dessas concessões.

Portanto, quando se olha para o histórico de decisões sobre este direito, percebe-se que, gradualmente, houve por parte da jurisprudência a formação de um suporte fático do referido direito por meio da dogmática constitucional, onde se consideraram essas situações externas a norma.

Com a nova roupagem dada pela Constituição Federal de 1988, o Direito à Saúde agora é universal, e não mais restrito aos trabalhadores formais, e necessita ser prestado de maneira integral, o que demanda uma série de políticas públicas, que mesmo depois de 30 anos do texto, nem sempre são realizadas adequadamente.

Coube ao poder judiciário manifestar-se sobre erros e omissões dessas políticas, realizada por meio de uma série de regulamentações advindas do poder legislativo e executivo. Essas omissões, em grande número, começaram a desembocar em pedidos individuais e coletivos, referentes aos mais diversos serviços assistenciais, que iam de pedidos cirúrgicos, de medicamentos, de cuidados domésticos, entre outros.

As primeiras ações que reconheceram a judicialidade de questões assistenciais devidas pelo Estado, datam do fim da década de 1990, quando a Constituição Federal completava sua primeira dezena e muitos dos direitos, lá estabelecidos, não passavam de meras promessas. A título de exemplo, é possível citar algumas decisões que reconheceram o dever do estado de fornecer novos medicamentos ao tratamento de HIV, por exemplo, o recurso extraordinário nº 242.859/RS, julgado em 1999, de relatoria do Min. Ilmar Galvão; e, o agravo regimental no recurso extraordinário nº 271.286/RS, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 2000.

Percebe-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal, como corte constitucional, começa a delimitar parâmetro de proteção do direito, com o reconhecimento da necessidade de fornecimento de tratamento adequado a todos os cidadãos e a todas as enfermidades, com preocupação também a grupos minoritários, tudo isso com fundamento no mínimo existencial⁶, que nestas ações passou a ser justificção a entrega da tutela.

Estes julgados abriram espaço para jurisprudência brasileira reconhecer a exigibilidade judicial dos direitos sociais, foi por meio dessas ações, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de o poder judiciário de impor obrigações de fazer/prestar ao poder executivo em relações a omissões e falhas de suas políticas.

Com a expansão acelerada dos casos de medicamentos, em 2011, por meio do RE 607.381, a corte proferiu decisão no que se refere aos medicamentos de alto custo, onde passou a estabelecer alguns critérios para concessão desses medicamentos, como a comprovação da necessidade de utilização do fármaco e a impossibilidade financeira do enfermo em pagá-lo. Ainda, definiu a solidariedade passiva dos três entes federados para figurar no polo passivo da demanda e da competência da justiça federal para julgamento. Tal entendimento foi chancelado Agravo Regimental 175 de relatoria de Gilmar Mendes.

Nestes julgados, já se percebe uma necessidade de amadurecimento e delimitação de tais questões, pois, enquanto as primeiras ações que concederam tratamentos preocupavam-se mais em fundamentar a judicialidade dos direitos fundamentais positivos, e a ideia de mínimo existencial a ser garantido pelo Estado, nestes últimos julgados, já se havia percebido a expansão da jurisdição constitucional, os números consideráveis de ações e de dinheiro dispendido em tais decisões, bem como, já haviam entrado em pauta questões que iam além de meras da omissão do SUS.

⁶ O mínimo existencial nasce da ideia de dever estatal de entrega de mínimos estatais ou mínimos constitucionais, que garantam níveis mínimos de existência humana. Ou seja, o Estado passa a ter uma obrigação legal de garantir níveis mínimos de vida. (SARLET e ZOCKUN, 2016, p. 116 e 117) Há que se recordar também que o mínimo existencial se difere do mínimo vital, pois, enquanto o último está ligado a ideia de mínimo necessário à manutenção da vida, o segundo, muito mais abrangente, relaciona-se a ideia de vida digna, com toda a amplitude que a ideia de dignidade traz ao debate. (SILVA e MASSON, 2015, p. 198)

Como exemplo, é possível enumerar certas decisões polêmicas – algumas que deferiram a concessão do medicamento pelo estado -, onde requeriam medicamentos em fase teste, como é o caso do que ficou conhecida como a “pílula do câncer”⁷, que prometia milagres a doentes terminais de câncer, mesmo que se houvessem apenas realizado testes iniciais de segurança e eficácia, assim, também ocorreu com medicações derivadas da cannabis, cuja eficácia não era atestada junto a ANVISA⁸, agência reguladora competente na regulamentação de medicamentos comercializados no Brasil.

Por essas decisões, houveram diversas vozes que apresentaram críticas ao papel do judiciário, acusando-os do que denominam de ativismo judicial, que consistiria na interferência exacerbada, sem adequado respaldo legal, sobre assuntos de domínio dos demais poderes, valendo-se das particularidades do caso concreto, para estabelecer critérios não definidos em lei, que ultrapassavam limites técnicos e orçamentários, sob os quais o juiz não conhece.

Além disso, como bem notado por Sarlet e Zockun, o direito social garantido exclusivamente por ações individuais perante o judiciário, costuma ser privilégios das classes média e alta da população, tanto por seu grau de informação, quanto pela facilidade de acesso à assistência jurídica, de modo, que essas decisões podem contribuir, ainda mais, para desigualdade de distribuição de recursos financeiros e dificultam a concretização de um serviço único e igual, afastando mais ainda os recursos das políticas públicas daqueles mais necessitados. (SARLET e ZOCKUN, 2016, p. 131)

Fato é, que diante de fatores externos que permeavam estas decisões, como, por exemplo, a dificuldade técnica dos magistrados em conhecer a necessidade clínica e eficácia do medicamento ao caso, onde acaba por prevalecer a indicação médica, bem como, o fato de não conhecer os limites orçamentários do país, nem ter pelo processo individual uma visão global da política pública realizada.

Assim, diante desses fatores externos, o Supremo Tribunal revisitou o tema em duas ações, julgadas em conjunto em 11/03/2020, com repercussão geral. Nessas ações foram definidas novas linhas de concessão de medicamentos pela via judicial no Brasil, delimitando

⁷ No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um dos exemplos de medicamentos fornecidos ainda em fase de teste, foi a decisão do Agravo de Instrumento nº 2205847-43.2015.8.26.0000/50000, julgado em 2016, onde foi concedida liminar, que antecipou os efeitos da tutela para o Estado conceder o *medicamento fosfotanolamia sintética*, para paciente portador de câncer, esta decisão foi, em seguida, suspensa por meio do Agravo Regimental nº 2205847-43.2015.8.26.0000/50000, também em 2016.

⁸ No ano de 2015, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento n.º 70064527583, entendeu pela obrigatoriedade do Estado de fornecer o medicamento com o princípio ativo cannabis, sob a justificativa que comprovado os benefícios à saúde, o simples fato do medicamento não obter registro na ANVISA, não é razão suficiente para negativa.

a competência para julgamento da matéria, e restringindo algumas situações antes protegidas pelo direito fundamental, com uma exclusão de condutas que antes eram reconhecidas dentro do âmbito de proteção do direito.

4. Medicamentos - Análise Jurisprudencial dos nº 657.718 MG e 566.471 RN

Para a melhor análise do pesquisa realizada e compreensão de seus resultados, necessário se faz recorrer ao estudo do Recurso Extraordinário nº 657.718 MG, que versava sobre a concessão de medicamentos não registrados na ANVISA, e o Recurso Extraordinário nº 566.471 RN, que tratava de medicamento de alto custo, não incorporado na lista de medicamentos fornecidos pelo SUS.

O Relator dessas ações, Min. Marco Aurélio, em 2016, proferiu seu voto com a seguinte tese: “[...] o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo, não incluídos em Política Nacional de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, [...]”, nestes casos, o fornecimento ficaria condicionado a “[...] comprovação de imprescindibilidade – adequação necessidade -, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos demais membros da família, [...]”.

O seu voto se baseou na ideia de máxima efetividade dos direitos fundamentais, com a ponderação entre o mínimo existencial e os argumentos de ordem administrativa, também faz ampla explanação sobre a necessidade da verificação da incapacidade financeira do enfermo e da sua família, com base na lei dos alimentos, de adquirir o medicamento por via particular.

Deste voto, abriu divergência o Min. Luiz Roberto Barroso, que trouxe as duas teses, que resultaram vencedoras. Para o Recurso Extraordinário 657.718 MG, que tratava de pedido de dispensação de medicamento sem registro na ANVISA, apresentou como tese: “Medicamento não registrado na ANVISA. Impossibilidade de dispensação judicial, salvo por mora irrazoável na apreciação do pedido de registro.”, ou seja, estabeleceu, que, por regra geral, não será deferido pela via judicial o fornecimento de medicações não registradas pelos órgãos do Estado.

A partir da regra geral, especificou duas situações, a primeira é no que se refere a medicamentos em fase de testes, estes medicamentos, em nenhuma hipótese pode ser objeto de dispensação pelo Estado – a não ser para aqueles que estão participando dos testes clínicos de verificação da droga -; no caso de medicamentos que já passaram pelos testes clínicos de

comprovação de eficácia, porém, ainda não foram regulamentados pela ANVISA, pode-se ser deferido o fornecimento apenas na hipótese de mora irrazoável da ANVISA, ainda assim, nestes casos, necessitam estar presentes três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em agência de segurança renomadas no exterior (EUA, Japão, União Europeia); 3) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA.

Ao fim do voto, ainda, determinou que a competência para figurar no polo passivo dessas ações é da União, pelo fato da mora em regulamentar o medicamento ser ANVISA, agência vinculada à União.

Já quanto ao Recurso Extraordinário 566.471 RN, que versou sobre o fornecimento de medicamento, já regulamentado pela ANVISA, porém, não integrante da lista nacional de medicamentos fornecidos pelo SUS, nestes casos, o Min. Luís Roberto Barroso, defendeu a seguinte tese, “Impossibilidade de dispensação de medicamento não incorporado ao SUS por decisão judicial, salvo em situações excepcionais.”.

Sobre a tese especificou cinco situações: 1) em demanda judicial de medicamento já incorporado ao SUS, deve as decisões de pronto deferir a dispensação do medicamento, exigindo-se apenas a comprovação da necessidade e a prévia tentativa administrativa de obtenção; 2) quando o medicamento não é incorporado pelo SUS, a regra é a impossibilidade de fornecê-lo; 3) A prestação de medicamentos em caráter excepcional se dará quando verificado: a incapacidade financeira do enfermo em arcar com o custo do medicamento, a demonstração que a não incorporação não decorre de decisão expressa do órgão competente, a inexistência de substitutivo incorporado ao SUS, a comprovação da eficácia do medicamento à luz da medicina e ciência. A propositura da demanda perante a União, que é responsável pela incorporação do medicamento perante ao SUS; 4) a observância de um parâmetro procedimental, com diálogo interinstitucional entre o poder Judiciário e os órgãos de expertise técnica, para determinar a necessidade de dispensação do medicamento e, inclusive, avaliarem a possibilidade de incorporação.

Nos seus argumentos o Min. Barroso ressalta a importância das boas práticas administrativas, de modo a reconhecer a impossibilidade do que chama “modelo do tudo para todos”, assim, para ele, em uma tentativa de reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, o poder judiciário deve prestigiar a política pública realizada pelo SUS, de modo a dar prioridade às decisões técnicas, que por critérios médicos e orçamentários, optam por incorporar ou não uma medicação ao sistema único de saúde brasileiro.

Nas razões da decisão, traz os dados⁹ levantado pelo TCU, que apontam que os gastos com determinações judiciais na área de medicamentos, passaram de 2,5 milhões em 2005 para 266 milhões em 2011 e R\$ 843 milhões em 2014, esses gastos desorganizam a atividade administrativa, com a alocação irracional de recursos e põe em risco a continuidade da políticas públicas.

Questiona-se também, a capacidade institucional do poder judiciário em determinar quais medicamentos devem ser incorporados pelo SUS. Recorda, assim, que o próprio SUS possui a Relação de Medicamentos Essenciais, que para inclusão ou exclusão de medicamentos é assessorado pelo Ministério da Saúde, por meio da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), que não usa como critério para não incorporação o alto custo do medicamento, mas seu custo benefício, independentemente do valor.

Votaram favoravelmente à tese proposta pelo Min. Luís Roberto Barroso, os Min. Luiz Fux, Rosa Webber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Alexandre Moraes, por fim, o Min. Edson Fachin, ajustou o seu entendimento para concordar com a tese. Foi vencida a tese do Relator Min. Marco Aurélio e o voto do Min. Dias Tófoli, o Min. Celso de Melo não votou por ausência justificada.

Das decisões aqui comentadas, percebe-se claramente que o direito à saúde é concebido como um direito não absoluto, passível de restrição, dentro dessa lógica, percebemos que o Supremo Tribunal Federal, desde 1999, vem construindo aquilo que é o suporte fático do direito à saúde, faz isso por meio decisões individuais que influenciam as demais esferas.

Inicialmente, reconheceu o direito à saúde como um direito subjetivo exigível, ainda que custoso para o Estado, justamente, porque, completada a primeira dezena da nova Constituição, já havia tempo hábil ao poder público à implementação das políticas públicas voltadas a sua satisfação.

Passados dez anos das primeiras decisões que deferiam a concessão de medicamentos, a jurisprudência volta a se manifestar, desta vez sobre medicamentos de alto custo, oportunidade em que definiu que esses medicamentos, não incorporados como política pública, só eram devidos àqueles que não tinham condições financeiras de pagar, mesmo quando comprovando a necessidade do medicamento.

Por fim, as últimas decisões claramente restringiram o direito por situações fáticas

⁹ TCU, Relatório sistêmico de fiscalização da saúde, Acórdão 693/2014-Plenário, Processo TC 032.624/2013-1, sessão de 26.03.2014.

externas a norma, influenciadas pelo momento de crise financeira do Estado, expansão da jurisdição constitucional, o reconhecimento da imperícia do Poder Judiciário nas suas decisões, bem como, da necessidade se estabelecer critérios homogêneos de aplicação. Desse modo, excluiu uma série de situações do campo de proteção da sua norma, desta vez, privilegiando os órgãos técnicos do Ministério da Saúde na escolha dos medicamentos protegidos pelo direito à saúde e as políticas públicas universais e igualitárias.

Portanto, pode-se dizer, que as teses estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal nos RE nº 657.718 MG e RE nº 566.471 RN, construíram o suporte fático no que tange a concessão de medicamentos na pela via judicial, definindo quais situações acionam a consequência jurídica protegida pela norma, e quais foram excluídas pela restrição do suporte fático, formando assim, aquilo se denomina de dogmática constitucional.

CONCLUSÃO

Neste trabalho buscou-se estudar as construções teóricas feitas pelo Supremo Tribunal Federal, em decisões que se referiram ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, de modo a determinar se houve, por meio delas, um redelineamento do suporte fático do direito à saúde no Brasil, e se essas restrições foram legítimas.

Nesta perspectiva, o trabalho adotou estrutura quadripartida: a um, os direitos fundamentais não-absolutos, em que se apresentou a teoria principiológica dos direitos fundamentais; a dois, o enfrentamento da restrição aos direitos fundamentais, a partir da teoria externa, aliada a um suporte fático amplo; a três, a contextualização do direito à saúde no cenário brasileiro, analisando os princípios e preceitos básicos conexos às regras constitucionais de direito à saúde, a fim de demonstrar sua gradativa delimitação; a quatro, a análise das recentes decisões emblemáticas que reconstroem os contornos da exigibilidade desse direito no Brasil.

Tomou-se como hipótese de pesquisa que o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, vem redesenhando o suporte fático do direito à saúde no que se refere ao fornecimento de medicamentos, a partir de limitações restritivas externas, sem perder, contudo, de vista a ideia de um direito fundamental exigível, observados certos parâmetros, especialmente, os de ordem Constitucional que determinam a sua prestação de modo igualitário e universal.

Na primeira parte, pode-se concluir parcialmente que a Teoria dos Princípios fornece o substrato teórico da ideia de que nem mesmo os direitos fundamentais podem ser tidos por

absolutos. Isso se deve à dupla natureza normativa, dividida entre regras e princípios, que traduz a possibilidade de enquanto alguns direitos fundamentais são dotados de texto fechado, que proíbe e protege condutas específicas, outros, com natureza principiológica, apresentam estrutura normativa aberta, admitindo que seu âmbito de proteção possa ser restringido e sua aplicabilidade excepcionalmente reduzida, se em conflito com outras normas de mesma natureza, ou ainda, por meio de restrições legislativas ou revisões jurisprudenciais.

Da segunda parte se pode depreender que sob a dupla constituição normativa, se desenvolve o espaço discricionário do legislador na definição dos direitos fundamentais. As normas de caráter principiológico possibilitam, como derivação colateral, o que se chama colisão de princípios constitucionais, em razão da natureza aberta de certos direitos. Ao Tribunal Constitucional cabe definir o direito fundamental, apoiado na técnica interpretativa de balanceamento, pela máxima da proporcionalidade, impondo os limites à discricionariedade legislativa, separando as opções legislativas que respeitam o chamado núcleo essencial intocável dos direitos fundamentais e propor soluções a essas colisões, estabelecendo critérios e parâmetros para a construção do suporte fático dos direitos fundamentais.

A terceira parte demonstra que ante os fatores externos, o Supremo Tribunal Federal tem revisitado o tema em diversas ações, das quais se pôde destacar duas ações mais recentes, de 11 de março de 2020, ambas de reconhecida repercussão geral. No julgamento conjunto, viram-se definidas novas linhas de concessão de medicamentos pela via judicial, delimitando a competência para julgamento da matéria, e restringindo algumas situações antes protegidas pelo direito fundamental, no âmbito de proteção desse direito.

A quarta parte da pesquisa, representada pela análise da jurisprudência em construção, demonstrou que as últimas decisões claramente restringiram o direito a partir de situações fáticas externas à norma, provocadas por estado de crise financeira governamental, com a consequente expansão da jurisdição constitucional, mas com a ressalva de certa imperícia, conforma e especificidade de cada caso, pelo Poder Judiciário. Restou claro a necessidade de fixação de critérios homogêneos de aplicação. Restaram excluídas diversas situações do âmbito de proteção normativa, com prestígio aos órgãos técnicos do Ministério da Saúde na escolha dos medicamentos a serem protegidos pelo direito à saúde e pelas políticas públicas universais e igualitárias.

As teses reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal nos RE nº 657.718 MG e RE nº 566.471 RN contribuem para inovar o suporte fático na concessão de medicamentos em via judicial, definindo quais situações encontram tutela e quais deixaram de tê-la, pela restrição

do suporte fático, contribuindo, assim, para a renovação do que se denomina dogmática constitucional.

Concluiu-se, portanto, que a hipótese restou confirmada, pois as teses acolhidas pelo Supremo Tribunal vêm, gradualmente, conferindo novos contornos ao suporte fático do direito fundamental à saúde, especialmente quanto aos pedidos de obtenção de fármacos, de modo, a determinar quais as situações que são de fato judicialmente exigíveis.

Essas construções representam, na prática, o que é possível se exigir como direito, e se baseiam em intuítos legítimos de adequar o papel do Judiciário aos parâmetros constitucionais, a exigir prestações iguais e universais, bem como, admitir as inevitáveis limitações fáticas impostas pelos problemas orçamentários e que, em determinados casos, inviabilizam políticas sociais mais completas, como no caso dos elevados custos que envolvem os pedidos nessas decisões judiciais proferidas por medicamentos.

Por todas essas razões, concluiu-se, que conjunto de decisões mais recentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tem promovido uma releitura em relação à delimitação do suporte fático do direito à saúde, como direito social, passando a reconhecer a restringibilidade, em determinadas situações, quanto às decisões sobre a viabilidade de tutela estatal.

Essa mudança de entendimento tem sido motivada pela compreensão que certas circunstâncias são da esfera da política pública e não do campo da solução de conflitos qualificáveis como pretensões resistidas; tal releitura representa a legitimação de certas restrições aos pretensos direitos, sem, contudo, desqualificar a proteção do direito à saúde; cuidam, pois de revisão dos critérios de decisão de modo a ajustá-los ao embate entre os campos político e judicial, preservando, sobretudo, o núcleo essencial do direito, ainda que pareça simplesmente restringi-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos Sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. A dignidade Humana e a Análise da Proporcionalidade. Tradução de Rogério Luiz Nery da Silva *IN*. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo**

Inclusivo. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: em busca da legitimidade dos Discursos Jurisdicionais.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LALAGUNA, Paloma Durán y. **Derechos Sociales y políticas sociales: Coincidencias y Diferencias.** 1. Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

NERY DA SILVA, Rogério Luiz; MASSON, Daiane Garcia. Direitos Sociais e Dignidade da Pessoa Humana: Reflexões a partir do Conceito de Mínimo Existencial. *IN. Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo.* Org.: Robert Alexy, Narciso Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva. Florianópolis: Qualis, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais.** Revista Investigações Constitucionais. V.3 N.2 Curitiba Maio/Agosto 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2011. *IN* Revista de Direito do Estado 4 (2006): 23-51.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.