

**18 ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE E SEUS SUB-ELEMENTOS NOS  
JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO DIREITO À  
SAÚDE**

**ANALYSIS OF PROPORTIONALITY AND ITS SUB-ELEMENTS IN THE CASES  
OF THE SUPREME COURT ON THE RIGHT TO HEALTH**

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

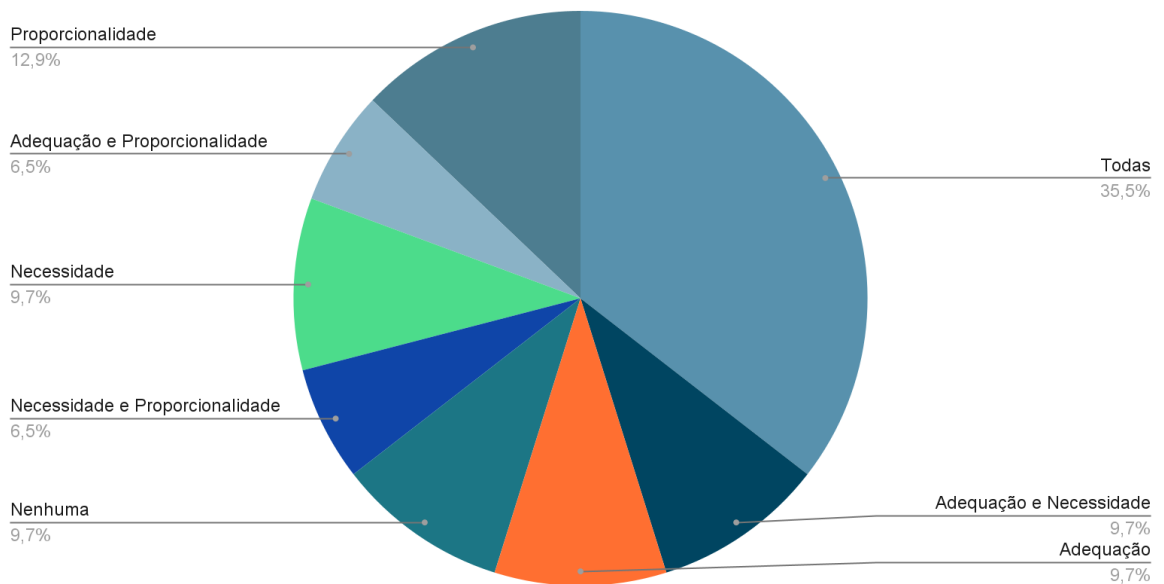
Lucas Barros de Oliveira

**RESUMO**

A pesquisa teve como escopo analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal (STF), que versam, de alguma forma, sobre o direito à saúde, e que foram proferidos em ações de controle concentrado de constitucionalidade após o início da pandemia. Pretendeu-se averiguar se tais julgados utilizaram a máxima da proporcionalidade, a partir do exame das submáximas que a compõem. A pesquisa se baseou na Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (2015), que subdivide a proporcionalidade em três submáximas, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O termo de busca foi “direito à saúde” entre os acórdãos que foram julgados a partir de 11/03/2020, quando a Organização Mundial da Saúde declarou que a Covid-19 constituía uma pandemia (MCNEIL, 2020). Somente foram pesquisadas as ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI e ADPF — não foram encontradas ADC). O recorte temporal justifica-se pela possibilidade de eventual alteração na forma como o Tribunal passou a considerar este direito no contexto da crise sanitária. A escolha do STF deveu-se à sua competência para julgamento de matéria constitucional, como é o caso dos direitos fundamentais. Neste contexto, foram encontrados 41 acórdãos. Após isso, foi feita uma breve descrição de todos os casos, de forma a descartar aqueles que não versavam sobre colisão de direitos fundamentais. Após isso, procedeu-se à análise de 31 acórdãos. Os resultados foram apresentados em uma tabela, de forma a confirmar quais submáximas da proporcionalidade alexyana estão presentes em cada julgado, ou mesmo confirmando a ausência total do emprego dessas balizas pelo STF. Essa pesquisa se faz relevante, também, em virtude da intensificação da judicialização da saúde durante a pandemia de Covid-19. É verdade que, antes mesmo da pandemia, esse fenômeno já se mostrava problemático, mas as demandas de saúde em face do Judiciário decuplicaram entre 2019 e 2021 (BRASIL, 2022). Dessa forma, considerando que a

judicialização da saúde vincula a Administração Pública a uma prestação positiva sem que haja a discussão alocativa democraticamente, faz-se exigível a legitimação racional das respectivas decisões, o que pode ser alcançado pela máxima da proporcionalidade. Partiu-se da dúvida sobre a efetiva racionalidade das decisões do Supremo Tribunal Federal no contexto eleito como recorte da pesquisa, sendo o escopo da pesquisa esta verificação através do levantamento do emprego da máxima da proporcionalidade em conformidade com a Teoria dos Direitos Fundamentais. Isto posto, a pesquisa constatou, após a análise dos 31 acórdãos, que a máxima da proporcionalidade foi utilizada em 28 acórdãos em algum momento, entretanto, todas as submáximas só foram utilizadas em 11 acórdãos, de forma que só pode-se considerar que a aplicação foi totalmente correta nesses 11. Sendo assim, resta configurado que o STF utilizou a proporcionalidade em quase todos os acórdãos, porém somente em um terço deles a teoria foi aplicada corretamente como uma forma de argumentação racional de suas decisões: Eis os resultados em um gráfico:

### Resultados



### ABSTRACT

The research aimed to analyze the rulings of the Supreme Federal Court (STF) that, in some way, concern the right to healthcare and were issued in actions of concentrated constitutionality control after the beginning of the pandemic. The goal was to determine

whether these rulings applied the principle of proportionality through an examination of its sub-principles. The research was based on the Theory of Fundamental Rights by Alexy (2015), which subdivides proportionality into three sub-principles: suitability, necessity, and proportionality in the strict sense. The search term used was "right to healthcare" among the rulings made after 11/03/2020, when the World Health Organization declared COVID-19 a pandemic (MCNEIL, 2020). Only actions of concentrated constitutionality control (ADI and ADPF) were researched, and no ADC cases were found. The chosen timeframe is justified by the possibility of a potential change in how the Court considered this right in the context of the health crisis. The selection of the STF was due to its competence in the constitutional matters, such as fundamental rights.

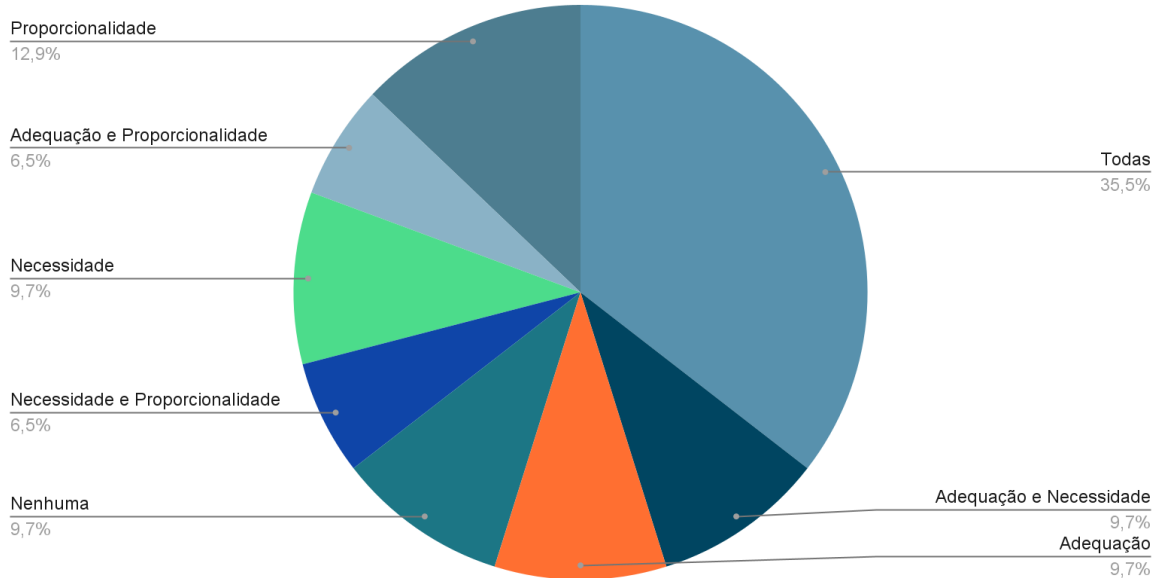
In this context, 41 rulings were found. Afterward, a brief description of all cases was made to exclude those that did not involve a collision of fundamental rights. Subsequently, an analysis of 31 rulings was conducted. The results were presented in a table to confirm which sub-principles of Alexy's proportionality were present in each ruling or to confirm the complete absence of the application of these criteria by the STF.

This research is also relevant due to the intensified litigation of healthcare during the COVID-19 pandemic. It is true that even before the pandemic, this phenomenon was problematic, but health-related demands before the judiciary increased tenfold between 2019 and 2021 (BRASIL, 2022). Therefore, considering that healthcare litigation binds the Public Administration to a positive provision without democratic allocation discussion, the rational legitimacy of the respective decisions is required, which can be achieved through the principle of proportionality.

The research started with doubts about the effective rationality of the Supreme Federal Court's decisions in the chosen research context. The scope of the research was to verify this through an examination of the application of the principle of proportionality in accordance with the Theory of Fundamental Rights.

With that said, the research found, after analyzing the 31 rulings, that the principle of proportionality was used in some way in 28 rulings. However, all sub-principles were only applied correctly in 11 rulings, meaning that only in one-third of cases was the theory correctly used as a form of rational argumentation in their decisions. Here are the results in a graph:

## Resultados



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Brasil: Malheiros Editores, 2015. 673 p. ISBN 978-85-392-0073-3.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. Brasil, 27 mai. 2022.

Disponível em:

[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT). Acesso em: 27 mai. 2022.

McNeil, Donald. Coronavirus Has Become a Pandemic, W.H.O. Says. **The New York Times**, 11 mar. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2096. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 13 de outubro de 2020. Publicação em 27 de outubro de 2020. Brasília, DF - Distrito Federal. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435467/false>>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2435. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 21 de dezembro de 2020. Publicação em 26 de março de 2021. Rio de Janeiro, RJ - Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443085/false>>.

Acesso em: 4 mai. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3355. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento em 18 de agosto de 2020. Publicação em 16 de dezembro de 2020. Rio de Janeiro, RJ - Rio de Janeiro. Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438444/false>>. Acesso em: 18 abr. 2023.