

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL E A GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS AND FUNDAMENTAL GUARANTEES OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE 1988 CONSTITUTION

Naira Gabriella Teixeira Milhomem Marinho¹
Evenise Ribeiro de Almeida²

RESUMO: A saúde é essencial à dignidade da pessoa humana, compreendendo direito fundamental do indivíduo, razão pela qual o Estado tem obrigação na sua implementação, em constituir legislação, instrumentos, programas e planos de ação para disponibilização de, por exemplo, tratamentos e medicamento essenciais. Assim, o desenvolvimento deste trabalho mostrará algumas particularidades acerca da garantia do direito à saúde, analisando tanto a parte teórica quanto a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal quanto no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, utilizando-se como metodologia aplicada a pesquisa bibliográfica. Por fim, é possível constatar que ainda há divergência sobre a judicialização e seu alcance na tutela do direito à saúde, principalmente sobre a interpretação e aplicação aos casos concretos pelos magistrados. Entretanto, diante da omissão do Estado, há sim a necessidade de judicialização para garantir a aplicabilidade dos direitos sociais.

3503

Palavras-chave: Direitos sociais. Saúde. Medicamento. Judicialização.

ABSTRACT: Health is essential to the dignity of the human person, comprising an individual's fundamental right, which is why the State has an obligation to implement it, to create legislation, instruments, programs and action plans to provide, for example, essential treatments and medicines. Thus, the development of this work will show some particularities about the guarantee of the right to health, analyzing both the theoretical part and the analysis of judgments of the Federal Supreme Court and the Court of Justice of the State of Tocantins, using bibliographic research as a methodology applied. . Finally, it is possible to see that there is still disagreement about judicialization and its scope in protecting the right to health, mainly regarding the interpretation and application to specific cases by judges. However, given the State's omission, there is a need for judicialization to guarantee the applicability of social rights.

Keywords: Social rights. Health. Medicine. Judicialization.

¹Formada em Enfermagem pela Universidade Estadual do Maranhão. Especialista em Urgência e Emergência pela Universidade Federal de Santa Catarina, especialista em Gestão em Enfermagem pela Universidade Federal de São Paulo- UAB/UNIFESP. Acadêmica de Direito da Faculdade Maurício de Nassau/ UNINASSAU.

² Professora mestre em Desenvolvimento Regional pela UFT e especialista em Economia e Sindicalismo no Trabalho pela UNICAMP. Profa. da Faculdade Maurício de Nassau/ UNINASSAU, Faculdade UNITOP/CESUP e Faculdade de Palmas/FAPAL em Palmas-TO.

I INTRODUÇÃO

Os direitos sociais compreendem os direitos que exigem uma conduta positiva dos poderes públicos, como instrumento necessário para que as disposições constitucionais surtam os efeitos buscados pelo legislador constituinte originário, fundamental quando à disponibilização de meios materiais mínimos para os indivíduos hipossuficientes, inclusive com possibilidade de serem exigidos do Poder Público e, ainda, por meio de judicialização de demandas.

Ressalta-se que tais direitos estão vinculados ao princípio da igualdade, da isonomia, no qual o Estado deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, garantindo aos menos favorecidos as mínimas condições de uma existência digna, até como exigência de um Estado Democrático de Direito, que tem, dentre seus objetivos, a busca por justiça social.

Portanto, devida sua importância, os direitos sociais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, dentre outros) foram alçados tanto em nível internacional como constitucional e, como uma das faces dos direitos sociais, o direito à saúde consta expressamente desde a promulgação da Constituição de 88, do seu texto originário, compreendendo um direito humano, social, direito de todos e dever do Estado, que deve ser implementado por meio de políticas sociais e econômicas visando com isso assegurar condições de bem-estar físico, mental e social, preservando o direito à vida.

Assim, no presente estudo, voltado à problemática do direito social à saúde, buscou-se fazer não só um exame doutrinário do tema, mas, também, uma análise acerca da efetividade e necessidade de judicialização de tais demandas.

Utilizou-se, como metodologia aplicada, um levantamento bibliográfico e jurisprudencial, que permitiu uma análise crítica acerca do direito à saúde e a responsabilidade do Estado na efetivação do referido direito.

A estrutura do trabalho foi dividida em dois capítulos, inicialmente sobre os direitos sociais, com seu histórico normativo constitucional, análise sobre a efetividade e a judicialização dos direitos sociais, a caracterização do mínimo existencial, da reserva do possível e a aplicação do princípio do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária. E, adiante, uma análise de julgados referentes ao direito à saúde, especificamente sobre o fornecimento de medicamentos como faceta do direito social à

saúde por meio do Recurso Extraordinário nº 566471 e o Recurso Extraordinário nº 1366243, de competência da Corte Suprema e, ao final, análise da Apelação cível nº 0022395-23.2022.8.27.2706, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

2 DOS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição, art. 6º, estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Assim, ressalta-se que os supracitados direitos buscam a inclusão dos indivíduos em padrões dignos de uma vida social, atendendo a pontos capazes de satisfazer suas necessidades básicas.

Comumente tem a particularidade de preocupar com os setores menos favorecidos financeiramente da população ou que por algum motivo não possa usufruir, adquirir, tais benefícios por si próprio (idosos, crianças, adolescentes, enfermidades, pessoa com deficiência etc), portanto, buscam resguardar os mais vulneráveis, hipossuficientes.

Desse modo, denota-se que os direitos sociais necessita, para ter plena eficácia, de atos do Poder Público, os quais compreendem tanto a disponibilização de recursos financeiros como a adoção de medidas administrativas para a efetivação de tais direitos. Exemplificando, o direito social à saúde – objeto maior do presente estudo – pode ser concretizado através de aportes financeiros, como é o caso do Programa Farmácia Popular criado pela Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, e regulamentado pelo Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, que estabeleceu as bases para a operacionalização e expansão do programa no Brasil. Em seguida, no ano de 2023, o Governo Federal publicou o Decreto nº 11.555/2023, ampliando os grupos de pessoas beneficiadas e os medicamentos ofertados.

Segundo Moraes (2016), os direitos sociais são direitos fundamentais da pessoa, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, sendo de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por escopo a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes e a concretização da igualdade social, sendo estabelecidos como fundamentos do Estado democrático, nos termos do art. 1º, IV, Constituição Federal.

Complementando, Bulos (2014) afirma que os direitos sociais são as liberdades públicas que defendem os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e mais próximas da igualdade real. Funcionam como prestações positivas, de segunda geração, transformadas em normas de cunho constitucional, de observância

obrigatória dos Poderes Públicos. São positivas em função de se revelarem um fazer por parte do Estado, que tem o encargo de realizar serviços para concretizar os direitos sociais, tais como serviços escolares, médico-hospitalares, assistenciais etc. Desse modo, a finalidade dos direitos sociais é beneficiar os hipossuficientes, garantindo-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da promoção da igualdade real.

Portanto, os direitos sociais são direitos humanos que tem por finalidade estabelecer a igualdade material e a paz jurídica por meio de prestações positivas, prestacionais, atendendo, dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana. Demandam que o Estado implemente a igualdade socioeconômica entre os indivíduos em uma sociedade desigual, desnivelada.

Ressalta-se, aqui, que a distinção, então, entre os direitos individuais e os direitos sociais, é que aqueles caracterizam-se por exigir uma conduta negativa, não atuação, não ingerência por parte do Estado, ao passo que os direitos sociais exigem condutas positivas, ativas, de intervenção do Estado por meio de políticas públicas de proteção aos mais vulneráveis, que não possuem meios próprios de sobrevivência digna.

Desse modo, o Poder Público dispondo de aportes financeiros deverá implantar e executar as políticas públicas visando a efetivação dos direitos sociais, cumprindo com seus deveres constitucionais e evitando o aniquilamento dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

2.1 Do histórico normativo dos direitos sociais

Adiante tem-se uma apresentação do histórico normativo dos direitos sociais e noções sobre os referidos direitos, incluindo seus aspectos mais importantes.

O surgimento dos direitos sociais sempre vem relacionado com a Constituição Mexicana de 1917 e, no Brasil, a partir da Constituição de 1934, cuja inspiração foi a Constituição Alemã de Weimar de 1919 (SILVA, 2014).

A Constituição de 1934 elencou os direitos e garantias trabalhistas e instituiu normas de proteção social do trabalhador (art 121, *caput*), tais como a proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (art. 121, § 1º, a); salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades básicas do trabalhador (art. 121, § 1º, b); assistência médica sanitária ao trabalhador (art. 121, § 1º, h, primeira parte); instituição de previdência, mediante contribuição da União, do

empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (art. 121, § 1º, h).

Ressalta-se, ainda, que a supracitada Constituição de 1934 estatuiu que todos teriam direito a educação (art. 149) e a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência a gratuidade do ensino ulterior ao primário (art. 150, § único, a).

A Constituição de 1937, art. 16, inciso XXVII, dispunha que era competência privativa da União legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, principalmente da saúde da criança. No art. 137, alínea l, CF/37, prescrevia que as normas referentes ao trabalho deveriam observar, dentre outros preceitos, a assistência médica e higiênica ao trabalhador e para a gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de descanso antes e após o parto.

A Constituição de 1946 restaurou os direitos e garantias individuais, estabelecendo, em seu art. 5º, inciso XV, alínea b, que era competência de a União estabelecer normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde, permitindo que os Estados legislassem de forma supletiva ou complementar (art. 6º).

No ar. 157, XV, determinava que as normas referentes ao trabalho e da previdência social obedeceriam, dentre outros preceitos, a melhoria das condições dos trabalhadores, a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante, nos mesmos termos das Constituições de 1934 e 1937. Também estabeleceu que o salário mínimo deveria atender as necessidades do trabalhador e de suas famílias (art. 157, I); obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidente do trabalho (art. 157, XVII); gratuidade do ensino oficial superior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos (art. 168, II); instituição de assistência educacional, em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar (art. 168, II).

A Constituição de 1967, no seu artigo 158, inciso XV, assegurava aos trabalhadores, nos termos da lei, dentre outros direitos que visassem a melhoria de sua condição social, a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva.

Segundo Iurconvite (2010), quanto aos direitos sociais, a Constituição de 1967 apresentou dois tipos de inovações, positiva e negativa. Negativamente, reduziu para 12 anos a idade mínima de permissão do trabalho (art. 158, X); a supressão da estabilidade e o estabelecimento do regime de fundo de garantia como alternativa (art. 158, XIII); e, restrições ao direito de greve (art. 158, XXI). Enquanto que, de forma positiva, inseriu

modestas inovações, como a inclusão do direito ao salário-família aos dependentes do empregador (art. 158, II); proibição de diferença de salários também por motivo de etnia (art. 158, III); participação do trabalhador na gestão da empresa (art. 158, V); e, aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral (art. 158, XX).

Atualmente, como já dito acima, convém repisar que os direitos sociais têm, atualmente, previsão no art. 6º, da Constituição Federal de 1988, ao dispor que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. E, ainda, no art. 196, no qual 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.

2.2 Da efetividade e da judicialização dos direitos sociais

Fator de fundamental importância quando se trata de direitos sociais é a sua efetividade. Na efetivação do direito à saúde é fundamental a atuação eficiente do Poder Público, sobretudo do Poder Executivo. Entretanto, há de ser alocada uma significativa destinação de recursos financeiros e, também, ser considerada a escassez orçamentária, além de vontade política.

Desse modo, considerando a complexidade para a efetividade dos direitos sociais, tem-se que:

A concretização dos direitos de segunda dimensão deve levar em consideração circunstâncias materiais, observando, diante das conjunturas fáticas, a extensão de sua incidência. Com isso não se defende sua insegurança, variando ao sabor de uma caneta discricionária. Contudo, esses dispositivos não podem ser aferidos de forma voluntária, sem adequação com as condições sociopolítico-econômicas. Os afãs mais voluntariosos vão sendo aplainados à medida que as decisões sejam proferidas pelas instâncias superiores, até chegar ao Supremo Tribunal Federal que definirá seus contornos (AGRA, 2012, p. 813).

Assim, o Poder Judiciário acaba desempenhando um papel importante no reconhecimento de direitos e na cobrança por sua realização, como no caso do acesso ao direito à saúde. Desse modo, faz-se necessário pontuar que a aplicabilidade imediata das normas que estabelecem os direitos fundamentais é pressuposto quando se busca eficácia e concretização destes direitos.

Portanto, considerando ser o direito à saúde um direito fundamental, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e constituindo mínimo

existencial, da mesma forma que os outros direitos sociais explicitados no art. 6º da Constituição Federal de 1988, são dotados de eficácia plena e imediata, não estando dependentes de previsões normativas infraconstitucionais posteriores, sendo a norma constitucional, no caso, autossuficiente, e gozando de plena autonomia.

Nesse sentido, tem-se que a determinação de aplicação imediata dos direitos sociais provém da perspectiva positiva de tais direitos:

também as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 552).

Ademais, a própria Constituição Federal, lança no seu art. 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A inclusão do direito à saúde no rol de direitos sociais compreende aspiração legítima de todo o indivíduo, tornando-se, então, dever do Estado implantar políticas públicas efetivas, com previsão orçamentária e ações reais direcionadas.

Como os direitos sociais devem ser garantidos pelo Estado, quando este é omissivo ou ineficiente surge a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário. Entretanto, surge a divergência sobre o alcance dessa intervenção.

Perdurou por longo tempo o entendimento que as normas sociais, por serem consideradas de caráter programáticas, não permitiriam o controle judicial para obrigar o Estado a disponibilizá-los, pois careciam de eficácia positiva, portanto, não conferiam direitos exigíveis judicialmente.

Portanto, há uma parte da doutrina que critica a judicialização para alcançar a efetividade dos direitos sociais. A interferência do Poder Judiciário nas demandas que devem ser objetos de políticas públicas é antidemocrática e incompatível com o princípio da separação dos poderes, caracterizando usurpação de competências do Legislativo e Executivo. Por serem escassos os recursos públicos, a escolha dos direitos devem ser priorizados pelos representantes eleitos pelo povo (SAMPAIO JÚNIOR, 2014).

Outro ponto refere-se à desorganização na Administração Pública causada pela ingerência judicial, posto que ao invés dos gestores centrarem no planejamento e execução de políticas públicas, acabariam por se dedicar às demandas individuais advindas do

Judiciário. Deveria haver um aprofundamento do diálogo institucional entre os diversos poderes (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Considera-se, ainda, que são diversas questões socioculturais que se sobrepõe para que este resultado aconteça. O fenômeno da judicialização compreende um caminho com duas possibilidades a serem avaliadas: a primeira que só se torna um recurso necessário em um Estado falho, ineficiente; a segunda é a recorrência de se recorrer ao Judiciário devido a inoperância dos demais poderes, acabando por inverter os papéis dos poderes do Estado e atribuindo ao Judiciário uma função política, a qual não está habilitado (MAGALHÃES, 2012).

Entretanto, a maioria da doutrina entende pela judicialização dos direitos sociais em caso de omissão do Estado. Segundo Krell (*apud* NOVELINO, 2014), está crescendo o número de defensores que consideram os princípios constitucionais e as normas de direitos sociais como fonte de obrigações e direitos, admitindo, por isso, a judicialização em caso de omissões inconstitucionais.

No mesmo sentido:

O discurso contrário à eficácia positiva dos direitos sociais, outrora predominante em nossa doutrina e jurisprudência, foi gradativamente substituído por uma postura mais pró-ativa do Poder Judiciário no sentido de conferir a merecida efetividade a esses direitos fundamentais [...] Os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, possuem uma dimensão subjetiva, conferindo ao cidadão o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais. As diretrizes e os programas de ação traçados por uma Constituição rígida são vinculantes e obrigatórios e não meros conselhos ou exortações morais para o legislador (NOVELINO, 2014, p. 763).

Complementando, segundo Agra (2012), as obrigações decorrentes da imposição dos direitos sociais são exigíveis e não dependem da discricionariedade da administração ou do legislador, posto também terem como fato gerador a mesma gênese das outras normas constitucionais: o Poder Constituinte. Assim, sua inaplicação acarreta iguais sanções jurídicas previstas aos demais dispositivos.

Diante do exposto, não há como negar a possibilidade de intervenção do Judiciário em casos de omissão do Estado, até mesmo porque, sendo também a Constituição Federal um conjunto de normas, a impossibilidade de judicialização dos direitos sociais torna-se conflitante com o princípio da inafastabilidade da função jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, CF.

2.3 Do mínimo existencial

A ideia de mínimo existencial tem como finalidade demarcar um número restrito de direitos fundamentais compreendido pelos bens mais básicos e essenciais e respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, seriam as condições materiais essenciais como pressuposto da dignidade para qualquer indivíduo, que vivendo abaixo desse padrão mínimo, haveria desrespeitos aos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal.

Convém mencionar duas posições referentes ao conteúdo do mínimo existencial, no tocante aos direitos que integram o citado núcleo essencial:

(i) de um lado temos Ricardo Lobo Torres, para quem o mínimo existencial não possui um conteúdo definitivo, variando de acordo com as contingências de tempo e local; (ii) de outro, temos Ana Paula de Barcellos, professora da UERJ, cuja concepção é a de que o mínimo existencial engloba o direito à educação fundamental, o direito à saúde, a assistência aos desamparados (que abrange o direito à alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à Justiça. [...] é o mínimo existencial o vetor que orienta as políticas públicas e os objetivos primários do orçamento, pois, somente depois de concretizado é que as demais pretensões devem ser avaliadas e ponderadas. A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, deverá, portanto, ter como norte central e inafastável a intangibilidade dos direitos componentes do mínimo existencial (MASSON, 2016, p. 294).

Em relação ao direito à saúde e sua característica prestacional, no Brasil o mínimo existencial tem diversas particularidades a serem abordadas, principalmente pelo grande número de pessoas em situação de hipossuficiência e vulnerabilidade social, que ocasiona marginalização do indivíduo, tanto no acesso ao serviço de saúde quanto acesso ao sistema de justiça (Defensoria Pública, por exemplo).

2.4 Da reserva do possível

A garantia de proteção e efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal e normas infraconstitucionais acarretam gastos econômicos consideráveis, pois, em sua maioria, compreendem obrigações prestacionais para o Poder Público, tais como a construção de sistema habitacional, saúde, educação, dentre outros.

Em razão do supracitado fundamento, isto é, a efetivação dos direitos fundamentais sociais e a situação financeira do Estado, o qual alega que os recursos são insuficientes e as necessidades sociais imensas, ocorreu de se admitir que Poder Público, na sua função de deliberar sobre as prioridades e estabelecer suas políticas públicas de destinação das verbas existentes, poderia alegar o que se passou a denominar cláusula da reserva do possível.

Segundo Masson (2016), a expressão reserva do possível só tornou-se conhecida a partir do *leading case* julgado pelo Tribunal Federal alemão, nos anos 70 do séc. XX,

denominado *numerus clausus*, no qual a Corte alemã julgou a demanda judicial proposta pelos estudantes não admitidos em escolas de medicina do país em função da política de limitação do número de vagas em Universidades, a década de 60. O pedido fundamentava-se no art. 12 da Constituição alemã: é direito de todos os alemães escolher livremente sua profissão, seu local de trabalho e seu centro de formação. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional determinou que o direito à prestação positiva, aumento do número de vagas, estaria sujeito à reserva do possível, que seria aquilo que fosse razoável para o indivíduo exigir, de maneira racional, da sociedade.

E adverte a supracitada autora:

A teorização da reserva do possível, pois, em sua origem, não se relacionava direta e unicamente com as restrições de recursos materiais enquanto limites intransponíveis para a concretização do direito social, mas sim à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. A transposição da doutrina para o direito pátrio, todavia, acabou por transformá-la em uma teoria da "reserva do financeiramente possível", pois considerou ser a insuficiência de recursos públicos um limite à efetivação de direitos fundamentais sociais (MASSON, 2016, p. 290).

Segundo Sarlet (2009), a teoria da reserva do possível no direito pátrio pode ser delimitada em três dimensões: 1) a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; 2) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda estreita relação com a deliberação das prioridades na alocação das receitas; 3) a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade.

Sucintamente, tem-se que a reserva do possível condiciona a realização dos direitos sociais, culturais e econômicos, em grande parte, à disposição financeira e possibilidades orçamentárias do Poder Público. Desse modo, uma vez demonstrada a incapacidade econômico-financeira do Estado, não seria razoável exigir a efetividade da prestação positiva, ainda que prevista na Constituição Federal.

2.5 Do princípio do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária

O princípio da vedação do retrocesso social consiste no mecanismo que tem por finalidade impedir medidas revogatórias ou reducionistas dos direitos sociais já regulamentados e aplicados, sem que tenha algum outro instrumento capaz a contrabalancear a extinção dos benefícios já incorporados.

Também pode ser afirmado que a proibição da evolução reacionária tem relação direta com princípios fundamentais insertos na Constituição Federal, quais sejam: a

dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, albergados pelos art. 1º, III, e art. 5º, XXXVI, da CF/88.

O princípio da proibição de retrocesso limita a reversibilidade dos direitos adquiridos e tutela o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico e social, isto é, alcançado-se um determinado grau de satisfação dos direitos sociais, ganha-se forma de garantia institucional e de direito subjetivo.

De acordo com Lenza (2014), dentro de uma realidade de Estado Social de Direito, faz-se necessário um comportamento positivo para a implementação dos direitos sociais, que irradia essa orientação para a condução das políticas públicas, para a atuação do legislador e para o julgador no caso de solução de conflitos. Assim, deve ser observado que o princípio da vedação ao retrocesso, consiste que uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser esvaziado, é o que a doutrina francesa chamou de *effet cliquet*. Portanto, nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, uma vez que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados.

Entretanto, parte de doutrina faz algumas ressalvas. Andrade (*apud* PANSIERI, 2012) afirma não ser o princípio da proibição de retrocesso social como algo princípio absoluto, apesar de que os direitos econômicos e sociais implicarão certa garantia de estabilidade às situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar estas normas. No entanto, a aceitação dos referidos efeitos não significa ser um princípio geral de proibição de retrocesso como princípio jurídico geral nesta matéria, considerando que a liberdade constitutiva e a auto-reversibilidade, mesmo que limitadas são atributos típicos da função legislativa e elas seriam praticamente abolidas se em matérias tão vastas como abrangidas pelos direitos em questão, o legislador fosse obrigado a manter o nível de realização e respeitar os direitos por ele criados. Aqui, defende-se que a proibição de retrocesso é exceção e não a regra quando refere-se aos direitos sociais, podendo estes direitos ser restringidos por outras normas desde que preservados seu núcleo essencial.

É o que também defende Sarlet (2009), sobretudo no tocante ao núcleo essencial dos direitos sociais que devem ser mantidos após a concretização legislativa. Assim, apesar da proibição de retrocesso ser relativa, o legislador também não pode meramente suprimir as normas concretizadoras dos direitos sociais, pois seria o mesmo que subtrair das normas constitucionais a sua eficácia jurídica.

Portanto, essa parcela da doutrina adverte ser natureza do princípio do retrocesso é principiológica, não permitindo sua interpretação de forma absoluta. Pode haver a

relativização do princípio em questão, mas em situações excepcionais e desde que se mantenha o núcleo basilar dos direitos sociais.

3 ANÁLISE DE JULGADOS REFERENTES AO DIREITO À SAÚDE

O direito é dinâmico, está em constante evolução, modificando-se conforme muda a sociedade. Desse modo, o estudo da jurisprudência é de fundamental importância, posto que esta representa investigação científica, estudo de diversas doutrinas, a aplicação da ampla defesa e do contraditório, examinando a fundo as particularidades de cada situação concreta.

Desse modo, a norma não é a única fonte do direito, posto que a lei sempre chega tarde, sua intervenção vem quando as circunstâncias o exigem e quando os costumes o impõe. O costume, a jurisprudência, a equidade são as verdadeiras fontes reais do direito, por isso a necessidade de reconhecer sua importância (PAGE, 1962 *apud* MIRANDA, 2015).

Segundo Reale (2009), a efetividade da norma, com a interpretação-aplicação que é dada pelo Judiciário, é que se lhe atribui poder. Portanto, se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito. A jurisprudência não poderá originar um Direito em contrariedade a um exposto significado da lei, mas poderá atuar nos limites do próprio exercício jurisdicional, que compreende a efetivação da norma valendo-se das regras da hermenêutica jurídica.

Nesse sentido, adiante serão analisados alguns julgados concernentes ao direito à medicamentos como faceta do direito social à saúde: Recurso Extraordinário nº 566471, em que foi reconhecida a repercussão geral, tema 06, sobre o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

O último andamento processual contendo votos dos Ministros, tem-se, resumidamente, o seguinte, de 01 de setembro de 2020, o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que fixava a seguinte tese:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes, que traz a seguinte tese:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento.

E o voto do Ministro Roberto Barroso, com a tese de que:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.

Ao final, o Ministro Gilmar Mendes pediu visto e encontra-se pendente de julgamento. Outro *Leading Case* importante é o Tema 1234, que versa sobre a legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde - SUS, no Recurso Extraordinário nº 1366243.

Aqui, no último andamento processual, julgamento em 19/04/2023, publicado no dia 25/04/2023, o Min. Gilmar Mendes, determinou a suspensão nacional, nas instâncias ordinárias, de recursos ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que se discuta a inclusão da União em ações contra os Estados sobre o fornecimento de medicamentos ou tratamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e que integrem ou não a lista padronizada do Sistema Único de Saúde (SUS), suspensão que deve perdurar até a decisão definitiva do Recurso Extraordinário nº 1366243, que também abarca a definição da esfera da Justiça competente (estadual ou federal) para resolver as demandas sobre o tema.

Convém mencionar que o recurso em questão foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJ-SC), que confirmou a condenação do Estado no fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS a um indivíduo com epilepsia refratária. A Justiça Federal havia rejeitado recurso do Estado, que pretendia incluir a União na demanda e devolveu a ação à Justiça estadual.

O Min. Gilmar Mendes apresentou casos que demonstram que a controvérsia sobre a responsabilidade solidária da União atinge medicamentos padronizados e não padronizados pelo SUS, e diz respeito à solidariedade dos entes federativos nas ações de saúde e suas implicações em ações judiciais sobre o tema. Portanto, se deve enfrentar o tema de forma adequada, abordando todo o processo de prestação de ações e serviços de saúde pelo Estado:

Não basta afirmar quem é responsável pela entrega do medicamento e deve compor o polo passivo em ação judicial”, [...]. “É imprescindível aprofundar o conceito constitucional de solidariedade, municiando a Federação de mecanismos, protocolos e fluxogramas necessários para assegurar o acesso efetivo da população a um direito fundamental, sem desequilíbrio financeiro e desprogramação orçamentária.

Portanto, visando evitar o atual quadro de instabilidade processual e insegurança jurídica sobre a matéria, houve a suspensão nacional dos processos em tramitação sobre a matéria, nos seguintes termos, medicamentos não incorporados pelo SUS devem ser processadas e julgadas pelo juízo (estadual ou federal) ao qual foram direcionadas pelo cidadão, ficando, até o julgamento definitivo do recurso, que discute se União deve responder, solidariamente, pelo fornecimento desses medicamentos, fica vedada a declinação da competência ou a determinação de inclusão da União no polo passivo dessas ações.

Ao passo que os medicamentos ou tratamentos padronizados, a composição a legitimidade do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no SUS, ainda que isso cause deslocamento de competência, sendo que esses parâmetros devem ser observados somente nos processos em que ainda não houver sentença.

Assim, convém trazer os posicionamentos mais recentes do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins em julgado de março do corrente ano. Com a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DENOMINADO “XARELTO” (RIVAROXABANA) - MEDICAÇÃO NÃO CONSTANTE DA LISTA DO SUS - ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTADUAL PARA FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO - TEMA 793/STF - IMPROCEDÊNCIA - INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A UNIÃO - ASSISTÊNCIA À SAÚDE- RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - LEGITIMIDADE DO ESTADO DO TOCANTINS - DIREITO À SAÚDE - CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - INAPLICABILIDADE SENTENÇA ACERTADA E MANTIDA INCÓLUME - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO (AC nº 0022395-23.2022.8.27.2706, Rel. Jacqueline Adorno de La Cruz Barbosa, 20/03/2024).

Explicitando alguns pontos, tem-se que o Ministério Público Estadual ingressou com presente demanda buscando o fornecimento do medicamento XARELTO Rivaroxabana 20mg, que não é padronizado nas políticas públicas do SUS, pelo Poder Público. A legitimidade do Ministério Pública se dá em razão de ser o paciente idoso e hipossuficiente financeiramente, necessitando de tratamento com prescrição médica do mencionado fármaco. Hipótese de defesa de direito individual indisponível.

A Relatora, seguida com unanimidade, menciona que no julgamento do RE 855.178, restou fixada a tese para o Tema 793 do STF, na qual reafirma-se a responsabilidade solidária dos entes federativos, que permite à autoridade judicial a possibilidade de direcionar o cumprimento da obrigação, seguindo as regras de repartição de competências e de acordo com o caso concreto, determinando o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. Assim, não há necessidade de inclusão da União no polo passivo, em sendo a hipótese de escolha parte requerida do Estado, portanto, não compete ao Judiciário promover a inclusão de ente federativo diverso, posto que não ser dado ao Julgador impor ao demandante contra quem litigar.

No caso em análise, o medicamento pleiteado tem registro na ANVISA, entretanto, não consta na lista de insumos disponibilizados pelo SUS. A Relatora adverte que:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de afastar a competência da Justiça Federal, nos casos de fornecimento de medicamento não incorporado ao elenco da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

(Rename), mas que incorporados na relação da ANVISA, como ocorre no caso dos autos. O direito à saúde, garantido na Constituição Federal de 1988, é de obrigação solidária entre todos os entes federativos. Esta foi a exegese conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao artigo 196 do Texto Constitucional. Os entes estatais são solidariamente responsáveis pelo atendimento do direito fundamental à saúde.

E, ao final, considerou que o paciente é hipossuficiente e necessita do medicamento Xarelto (Rivaroxabana) 20 mg para o seu tratamento de saúde, conforme documentação médica, e que o Julgador de Primeiro Grau acertou na disponibilidade do referido fármaco pelo ente federativo, mantendo a sentença e observando que na situação em análise inexistia afronta à teoria da reserva do possível, pois o Poder Público deve garantir as condições de saúde mínimas de seus administrados.

Aqui convém mencionar que o Juízo de Primeiro Grau, autos nº 022395-23.2022.827.2706, ao sentenciar, confirmando a tutela já deferida liminarmente, convertendo-a em definitiva, condenou o Estado no fornecimento do medicamento pleiteado. E, ao final, determina que em atendimento ao Enunciado nº 2 do CNJ³, redação dada pela III Jornada de Direito e Saúde, em 15 de junho de 2023, bem como o Enunciado nº 4 do III Fórum Estadual do Judiciário para a Saúde⁴ realizado pelo Comitê Executivo para Monitoramento das Ações da Saúde no Estado do Tocantins (CEMAS), a parte requerente deverá promover a renovação periódica do relatório médico e prescrição do medicamento a ser disponibilizada ao Estado, sob pena de perda de eficácia da tutela deferida.

CONCLUSÃO

O direito à saúde foi concebido como direito humano e definido pelos documentos internacionais, tendo como características primordiais a universalidade, a individualidade,

³ ENUNCIADO Nº 2 Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em tutela provisória ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório, com definição de metas terapêuticas a fim de avaliar a efetividade do tratamento e adesão do paciente e prescrição médicas, a serem apresentados preferencialmente ao executor da medida, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária (Portaria SVS/MS nº 344/98), sob pena de perda de eficácia da medida. (Redação dada na VI Jornada de Direito da Saúde - 15.06.2023). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/todos-os-enunciados-consolidados-jornada-saude.pdf>. Acesso em 12 jun 2024.

⁴ 4º enunciado: Nos casos em que não for possível definir antecipadamente o período estimado de duração do tratamento ou em que o período estimado seja superior a 1 (um) ano, é oportuno que a decisão judicial (decisão interlocutória, sentença ou acórdão) fixe período mínimo para o demandante apresentar prescrição atualizada de seu médico assistente, a fim de se dar efetividade ao art. 471, I, do CPC e de prevenir o fornecimento indevido de tratamento. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/saude/enunciados/20748-enunciados-aprovados-do-tjto-enunciados-aprovados-no-iii-iv-e-v-foruns-do-judiciario-para-a-saude/viewdocument/20748>. Acesso em 12 jun 2024.

a interdependência e a inter-relação, devendo haver obrigação do Estado, no que diz respeito ao direito à saúde, em constituir legislação, instrumentos, programas e planos de ação para disponibilização de, por exemplo, tratamentos e medicamento essenciais (Rename – Relação Nacional de Medicamentos) e que seja realmente garantido o acesso, progressivamente, desse direito a todos os indivíduos, no sentido de concretamente ser dispensado o medicamento, além de simplesmente constar na legislação sua possibilidade.

A responsabilização do Estado não pode passar ilesa, em face aos danos causados por sua omissão àqueles a quem não foi garantido o seu direito à saúde.

Assim, apesar das alegações reiteradas do Poder Público da ingerência do Judiciário e seu desrespeito à separação dos Poderes, e, ainda, que sua omissão na efetivação dos direitos fundamentais sociais se deve à situação financeira do Estado, em que os recursos são insuficientes e as necessidades sociais imensas, tem-se que o Poder Público deve melhor planejar suas políticas de saúde, principalmente considerando a situação a longo prazo, estrutural.

Conforme demonstrado acima, ainda há divergência sobre a judicialização e seu alcance na tutela do direito à saúde, principalmente sobre a interpretação e aplicação aos casos concretos pelos magistrados.

Entretanto, algumas ponderações são necessárias. Conforme tem-se observado nos julgados, não há dúvida sobre a preservação e respeito ao princípio da separação dos poderes, a discricionariedade da Administração Pública, mas quando o Estado é omissor, não cumpre com suas obrigações legais, como se constata pela veiculação em meios de comunicação, negativas administrativas de pedidos de medicamentos, tratamentos, há sim a necessidade de judicialização para garantir a aplicabilidade dos direitos sociais, mormente em casos de necessidades imediatas do ser humano, como é o presente caso em análise, o direito à saúde.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 10 mar 2024.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

icao/constituicao37.htm>. Acesso em 12 mar 2024.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 10 mar 2024.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 mar 2024.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 mar 2024.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em 10 mar 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã**. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417>. Acesso em: 10 mar 2024.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

3520

MAGALHÃES, Daniella Santos. **A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526>. Acesso em: 10 mar 2024.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MIRANDA, Fátima. **A influência da jurisprudência no direito brasileiro**. 2015. Disponível em: <https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/237337297/a-influencia-da-jurisprudencia-no-direito-brasileiro-parte-ii>. Acesso em: 28 mar 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. Paulo : Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008. Disponível em:

<https://revistas.unipam.edu.br/index.php/jurisvox/article/view/4243/1916>. Acesso em 1 mar 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.