

ACESSO A MEDICAMENTOS NO BRASIL: CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ECONOMIA

Giseli Valezi Raymundo¹

RESUMO

O número de demandas judiciais por meio das quais se requer o fornecimento gratuito de medicamentos cresce cada vez mais e o Poder Judiciário reiteradamente tem proferido decisões sobre o tema. A relevância e pertinência da questão tomou proporções significativas, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal designou a realização de audiência pública para debater a assistência à saúde no Brasil, dentro do que se inclui a assistência farmacêutica. O presente trabalho, à luz das teorias que tratam do constitucionalismo, da democracia e economia (*Law and Economics*), agregando a elas o estudo sobre o diagnóstico interdisciplinar do problema, da natureza jurídica do acesso a medicamentos, tem como objetivo apresentar reflexões que possam contribuir com o debate posto, concluindo-se pela integral proteção deste direito.

PALAVRAS-CHAVE: Medicamentos. Constitucionalismo. Democracia.

ABSTRACT

The number of claims which the plead involves gratuitous medicine's catering is increasing more and more and the Judiciary has been deciding it. The importance and relevance of the theme are meaningful, the reason why the Supreme Court determined the realization of an open court to discuss the health assistance at Brasil, including pharmaceutical assistance. This article, through the constitutional, democracy and economics (*Law and Economics*) theories, joining to them the study about the reality multiways of the question, juridical nature of the right of medicine's access, has the goal to contribute with the debate extant and to obtain conclusions in order to protect it right.

KEY WORDS: Medicines. Constitutional. Democracy.

SUMARIO

1 Introdução. 2 Diagnóstico da problemática pertinente aos medicamentos. 3 Assistência farmacêutica no Brasil e política pública. 4 Natureza jurídica do direito ao fornecimento gratuito

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP; Advogada em Curitiba; Mestranda em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. falegigi@yahoo.com.br

de medicamentos. 5 Constitucionalismo brasileiro. 6 Democracia e acesso a medicamentos. 7 Direito e economia. 8 Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

Inúmeros brasileiros necessitam de assistência à saúde que implica, inevitavelmente, a prescrição de medicamentos como parte de seu tratamento.

Esta realidade, somada ao alto custo dos fármacos, especialmente no contexto de baixa renda do Brasil, fomenta a demanda junto ao Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de que sejam obtidos sem qualquer custo a ser pago diretamente.

Em não sendo disponibilizados gratuitamente, resta aos enfermos a procura pelo Poder Judiciário, fato que originou o atual debate acerca do acesso a medicamentos, tendo em vista que o número de pedidos ajuizados cresce com grande velocidade e de forma preocupante.

Esta preocupação já chegou ao Supremo Tribunal Federal, que designou a realização de audiência pública para debater a assistência à saúde no Brasil, estando incluída no debate a assistência farmacêutica.

Considerando tais dados, o presente artigo tem objetivo de lançar reflexões acerca do tema sob a perspectiva do constitucionalismo, democracia e economia, iniciando-se por um diagnóstico da problema em estudo, especificando, inclusive, qual a natureza jurídica do direito ao acesso a medicamentos.

Após, será analisada a estruturação da assistência farmacêutica no Brasil, especificando-se a política pública pertinente, dando ciência ao leitor de como os medicamentos são registrados no respectivo órgão sanitário (ANVISA) e de que forma passam a fazer parte das listas do SUS.

A análise jurídica propriamente dita da questão terá início por meio da identificação da natureza jurídica do direito ao acesso a medicamentos, seguida de considerações sobre o constitucionalismo, a democracia e sua relação com o fornecimento de medicamentos e a economia, para ao final do trabalho serem lançados elementos que possam agregar mais fundamentos para enriquecer o debate sobre o tema.

2 DIAGNÓSTICO DA PROBLEMÁTICA PERTINENTE AOS MEDICAMENTOS

Antes da análise teórico-jurídica relativa ao fornecimento gratuito de medicamentos no Brasil e sua relação com o constitucionalismo, a democracia e a economia é preciso identificar o que compreende a problemática atual pertinente ao tema.

Sem esta visão interdisciplinar, inviabiliza-se a correta apreciação da problemática posta, uma vez que poderá estar totalmente dissociada da realidade, o que fará com que a abordagem teórica transforme-se em letra morta.

A identificação pretendida deve partir de dado fático notório, qual seja, o de que as demandas judiciais visando à obtenção gratuita de medicamentos não param de aumentar².

Esta informação deve ser interpretada por meio da reflexão sobre qual (is) seria (m) a (s) causa (s) deste fenômeno, uma vez que a judicialização de qualquer problema sempre deve ter justificativa, à luz da perspectiva jurídica.

Se há cidadãos buscando a tutela jurisdicional para obter gratuitamente os medicamentos, certamente a forma pela qual o Estado vem prestando assistência farmacêutica não os atende por algum (ns) motivos (s).

A verificação deste (s) motivo (s) deve ser estudada por meio da compreensão acerca do modo como está estruturada a política pública brasileira responsável pela distribuição de medicamentos à população.

Também faz parte do diagnóstico ora explicitado a informação de que o estudo do tema é extremamente importante e pertinente no atual momento histórico.

Esta constatação encontra respaldo no fato de que o Supremo Tribunal Federal colocou em pauta a realização de audiência pública no final do mês de abril e começo do mês de maio deste ano, para discutir temas relativos à assistência à saúde no Brasil, dentre eles, a assistência farmacêutica³.

²“Ações judiciais para a aquisição de medicamentos consumiram R\$ 52 milhões do Ministério da Saúde em 2008, o triplo do valor gasto em 2007, revela o levantamento do governo federal. Em três anos, o aumento dos custos com a judicialização foi de quase 2.000%.” (COLLUCI, 2009, p. 13).

³ A necessidade da realização da referida audiência advém nos inúmeros casos pendentes de julgamento e que para serem decididos precisam que os Ministros tenham maior conhecimento acerca de como se desenvolvem aspectos relacionados à assistência à saúde no país, fazendo parte dela a assistência farmacêutica. Os temas elencados são: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Assim, tendo em vista o alcance e a proporção que a questão tomou, é preciso analisar como se desenvolve a política pública brasileira de fornecimento não oneroso ao cidadão de fármacos e quais as consequências atuais desta política, para poder compreendê-la do modo mais imparcial possível.

Em razão da constatação da eficiência ou não da política pública farmacêutica e o que decorre disso, será possível proceder à adequada análise teórico-jurídica acerca do fornecimento gratuito de medicamentos no Brasil, sob a perspectiva do constitucionalismo, democracia e economia.

3 ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NO BRASIL E POLITICA PÚBLICA

O início dos debates sobre o acesso a medicamentos parte da noção da forma pela qual se desenvolve a política pública de assistência farmacêutica no país. Para que um fármaco passe a ser fornecido gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), é preciso que certos procedimentos sejam seguidos.

Primeiramente, é necessário que se apresente à agência de regulação do setor no Brasil, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), um número mínimo de estudos nos quais constem qual a molécula, nome fantasia, doses, quantidade e quais de indivíduos foram objeto dos testes, dentre outros dados.

A análise feita pela ANVISA demonstrará se o produto é seguro e eficaz. Cabe destacar que a segurança e eficácia são conceitos que dizem respeito apenas às condições em que foram feitas as pesquisas e ao grupo de pessoas que delas participou, não à toda a coletividade, não a todos os potenciais consumidores do novo produto desenvolvido.

Devido ao alto custo para a elaboração dos referidos estudos, na prática a indústria farmacêutica é responsável pela grande maioria dos pedidos de registro de fármacos feitos à ANVISA, em que pese outros interessados, tais como entidades médicas, possam apresentar o resultado de suas pesquisas para fins de registro.

Ultrapassada a etapa registral, quaisquer interessados dentro de toda a comunidade, bem como o Estado, por iniciativa própria, podem encaminhar à Comissão para a Incorporação de Tecnologia (CITEC) do Ministério da Saúde pedido para que a substância⁴ registrada seja incluída nas listas do SUS, de acordo com o procedimento previsto na Portaria 2587/2008.

A CITEC tem membros permanentes e temporários, estes convocados “ad hoc” em virtude da necessidade de pareceres especializadíssimos, mas todos isentos quanto a interesses adversos, pois se tenta manter a maior imparcialidade possível quanto à escolha das substâncias que serão disponibilizadas.

Os pedidos serão analisados de acordo com critérios diferentes dos da ANVISA, posto que ao integrarem as listas do SUS, os fármacos não mais estarão restritos ao grupo de pessoas que participou dos testes para a comercialização, mas à coletividade que deles fará uso, do que decorre grande responsabilidade do ente estatal quanto à definição da assistência farmacêutica à população.

Assim, o Ministério da Saúde, por meio da CITEC, utiliza critérios com conotação diversa das da ANVISA para permitir inclusão de substâncias nas listas públicas, quais sejam: efetividade (substância que está apta a proporcionar resultados positivos em toda a população, não em um grupo testado especificamente) em vez de eficácia, pertinência para o SUS, custo, segurança (também considerada em relação à coletividade, não a um grupo específico de testes), relação custo benefício.

Daí o porquê de não existir vinculação entre o registro na ANVISA e a inclusão na lista para fornecimento gratuito. Ou seja, há milhares de possibilidades de tratamento ambulatorial, em que o paciente recebe o medicamento e se trata em casa, não-disponibilizadas pelo SUS.

Além disso, por mais que haja previsão normativa para que a CITEC leve a efeito suas análises da melhor forma possível, obedecendo a procedimento previamente estipulado (Portaria 2587/2008), constata-se que nem todos os interessados têm condições técnicas e financeiras para fazer requerimentos não apenas o registro junto à ANVISA, mas também junto ao Ministério da Saúde, o que compromete substancialmente a abrangência de tratamentos no Brasil.

⁴ Utiliza-se o termo “substância” em vez de medicamento porque são incluídos nas listas para a distribuição gratuita os nomes das substâncias que farão parte do princípio ativo, a fim de ampliar a possibilidade de escolhas de fármacos para o tratamento dos enfermos, por exemplo, em processos licitatórios.

Isso porque as iniciativas para inserir novas formas de tratamento acabam por ficar restritas ao interesse da indústria farmacêutica e ao eventual interesse estatal em disponibilizar novas drogas para tratamento.

Não bastasse isso, o processo para a inclusão de substâncias nas listas do SUS é extremamente burocrático e a demora para sua finalização pode se estender demasiadamente, a ponto de deixar tais listas desatualizadas

Acrescente-se, ainda, que o custo é um dos critérios avaliados pela CITEC para incluir ou não princípios ativos nas listas públicas, do que se imagina a tendência a que não se dê, exceto em casos extremos, preferência aos fármacos mais caros ou que estes sejam disponibilizados apenas para uma espécie de patologia, ainda que possam ser prescritos para outras enfermidades.

A síntese da política pública relativa à assistência farmacêutica apresentada há pouco demonstra que a efetivação do direito ao acesso a medicamentos resta seriamente comprometida, já que as demandas sociais e concretas para tratamento têm acentuadamente maior probabilidade de ficarem de fora do cenário oficial de registro de produtos e inclusão nas listas do SUS.

Não é sem razão, portanto, que crescem consideravelmente as demandas judiciais cujo pedido diz respeito ao fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas oficiais ou não registrados na ANVISA.

Para se ter a exata dimensão do que significa na prática haver política pública tão restritiva e, por isso, ineficiente, é preciso conhecer pelo menos um exemplo concreto.

Há atos normativos estatais que determinam que medicamento será fornecido para que patologia (s), sendo estas identificadas de acordo com códigos (letras acompanhadas de números) presentes na “CID –10”, que corresponde à *Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde*). Ex.: CID-10 F 20 equivale à Esquizofrenia.

Assim, qualquer interessado pode ter acesso a tais atos normativos, uma vez que públicos e em sua maioria disponíveis na internet, a fim de verificar qual a efetiva amplitude de cobertura farmacêutica vigente no país.

Dentre eles, destaca-se a Portaria nº 2.577, de 27 de outubro de 2006, responsável pelo rol dos medicamentos excepcionais⁵ fornecidos pelo Ministério da Saúde.

⁵ São medicamentos de custo unitário elevado, segundo informação que consta do próprio site do Ministério da Saúde (Disponível em:< [http://: www..saude.gov.br](http://www.saude.gov.br)>. Acesso em: 10 mar 09).

Nela, um dos melhores medicamentos para tratamento na área de saúde mental, o *seroquel*, cujo princípio ativo denomina-se *quetiapina*, por se tratar de medicamento excepcional de altíssimo custo, tem seu fornecimento gratuito previsto na referida Portaria apenas para a CID-10: F 20 Esquizofrenia; F 20.0 Esquizofrenia paranóide; F 20.1 Esquizofrenia hebefrênica; F 20.2 Esquizofrenia catatônica; F 20.3 Esquizofrenia indiferenciada; F 20.4 Depressão pós-esquizofrênica; F 20.5 Esquizofrenia residual; F 20.6 Esquizofrenia simples; F 20.8 Esquizofrenia hebefrênica.

Ocorre que a bula do referido fármaco prevê expressamente que este também pode ser utilizado para o tratamento da patologia pertinente ao transtorno bipolar (humor)⁶.

Isso significa que estão privados de tratamento gratuito e com fármaco de altíssima qualidade, milhares de pacientes⁷.

Não bastasse isso, é importante enfatizar que as listas do SUS, além de não apresentarem cobertura eficiente, conforme demonstrado há pouco, estão inevitavelmente desatualizadas, permanecendo por muito tempo sem a inclusão de drogas novas e mais eficazes⁸.

⁶“1. COMO ESTE MEDICAMENTO FUNCIONA? SEROQUEL pertence a um grupo de medicamentos chamado antipsicóticos, os quais melhoram os sintomas de alguns tipos de transtornos mentais, tais como, alucinações (por exemplo, ouvir vozes que não estão presentes), ter pensamentos estranhos e assustadores, mudanças no comportamento, sensação de estar sozinho e confuso. SEROQUEL **também pode ser usado para o tratamento de pessoas com um transtorno que afeta o humor, ou seja, quando elas se sentem eufóricas ou excitadas. Pessoas nestas condições, dormem menos que o usual, são mais falantes e têm pensamento e idéias rápidas. Elas também podem se sentir extremamente irritadas.** 2. POR QUE ESTE MEDICAMENTO FOI INDICADO? SEROQUEL está indicado para o tratamento de esquizofrenia (...). SEROQUEL **também pode ser usado para o tratamento de pessoas com um transtorno que afeta o humor, ou seja, quando elas estão eufóricas ou excitadas. Pessoas nestas condições, dormem menos que o usual, são mais falantes e têm pensamento e idéias rápidas. Elas também podem se sentir extremamente irritadas.**” (grifos)

⁷Pacientes cujas patologias são: esquizofrenia não especificada (F 20.8), transtorno afetivo bipolar, episódio atual hipomaníaco (F 31.0), transtorno afetivo bipolar, episódio atual maníaco sem sintomas psicóticos (F 31.1), transtorno afetivo bipolar, episódio atual maníaco com sintomas psicóticos (F 32.2), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo leve ou moderado (F 31.3), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave sem sintomas psicóticos (F 31.4), transtorno afetivo bipolar, episódio atual depressivo grave com sintomas psicóticos (F 31.5), transtorno afetivo bipolar, episódio atual misto (F 31.6), transtorno afetivo bipolar, atualmente em remissão (F 31.7), outros transtornos afetivos bipolares (F 31.8) e transtorno afetivo bipolar não especificado (F 31.9). O mesmo ocorre com o medicamento *lamitor*, cujo princípio ativo é a *lamotrigina*. Por ser medicamento excepcional e de custo considerável para os padrões brasileiros, tem seu fornecimento garantido pelo Portaria 2577/2006 apenas para algumas espécies de epilepsia, quando, na verdade, tem uso possível para diversos transtornos mentais, funcionando como estabilizador de humor. Pacientes com transtorno mental, entretanto, não o recebem gratuitamente. Registre-se, por oportuno, que diversos outros anticonvulsivos são ótimos estabilizadores de humor, auxiliando de modo significativo no controle de transtornos mentais. Os pacientes que deles precisam e que são milhares de pessoas, contudo, a eles não têm acesso gratuitamente, o que pode comprometer de modo significativo seu quadro clínico.

⁸ Sobre a desatualização dos protocolos clínicos, é exemplo a nova fórmula do medicamento *Seroquel*, lançada há alguns meses em sua versão: *Seroquel XRO*. Tem maior eficácia devido ao fato de agir no sistema nervoso por 24 (vinte e quatro) horas, não apenas 12 (doze) horas como seu antecessor. Para pacientes com problemas no sistema nervoso, tais como os doentes mentais, a ação medicamentosa prolongada tem benefícios imensuráveis, já que eles

Os exemplos dados indicam que a atual política pública brasileira farmacêutica sequer presta a assistência mínima e o mais básica possível ao cidadão, contrariando prescrições médicas compatíveis com o que consta, por exemplo, da bula de determinado medicamento.

Caso o enfermo não tenha recursos financeiros para comprar o medicamento de que precisa para preservar sua vida, ou ficará sem tratamento algum, esperando a morte, ou será submetido a tratamento na rede pública com a utilização de, em tese, outros fármacos que também possam ter eficácia no tratamento da doença de que o paciente é portador.

Este é um dos fundamentos reiteradamente sustentados pelos órgãos governamentais em demandas judiciais para se negarem a fornecer o medicamento pleiteado, mas esta tese não deve prevalecer. Para a cura ou controle de determinadas enfermidades, não se pode admitir esta espécie de substituição.

O tratamento a ser conferido a doenças mentais, por exemplo, demonstra de modo irrefutável a consistência do argumentos defendidos neste artigo. A doença mental decorre de desequilíbrios nas trocas químicas havidas entre as células do sistema nervoso, os neurônios. É por meio destas trocas que os seres humanos falam, andam e experimentam várias espécies de sentimentos.

Se houver qualquer falha na transmissão das substâncias indispensáveis ao bom funcionamento do sistema nervoso, ou porque não são por ele produzidas, porque são produzidas em quantidade inferior ou superior ao desejável ou porque os receptores neurais dos neurônios não as recebem, uma das consequências é o desenvolvimento da doença mental⁹.

Ainda não há cura conhecida na medicina, mas há possibilidade de controle por meio da ingestão de medicamentos. O tratamento apenas apresenta resultados satisfatórios na hipótese em que o psiquiatra consegue prescrever o medicamento, ou a combinação deles, que possa suprir o defeito químico manifestado pelo sistema nervoso que apresenta defeito genético.

Uma vez alcançado o equilíbrio químico indispensável ao bem-estar do paciente, para que ele possa viver com dignidade, convivendo pacificamente em sociedade, se a combinação química for modificada, isto corresponde à total falta de tratamento.

podem ficar permanentemente sem os sintomas da doença, com proteção integral durante o dia e a noite. Uma explicação possível para a desatualização constatada pode ser o preço do referido medicamento, que tem alto custo.

⁹ A pré-disposição genética que desencadeará a doença mental pode receber a contribuição de fatores externos, fazendo com que a doença se manifeste ou se agrave às vezes precocemente, tais como: o uso de drogas, o uso de álcool e o *stress*.

Assim, para pacientes psiquiátricos, por exemplo, não existe medicamento(s) similar(es), que possa(m) ter exatamente a mesma eficácia. Ou seja, não há como acatar a tese estatal segundo a qual poderá haver tratamento substitutivo: ou se utiliza o remédio(s) que obteve(ram) êxito, ou não se estará tratando verdadeiramente o paciente.

Doenças psiquiátricas são um bom exemplo, mas não são exceção, pois há milhares de outras enfermidades cujo tratamento não pode ser modificado, sob pena de se estar submetendo estes pacientes a tratamento desumano ou degradante, bem como submetê-los a tratamento médico com risco de vida, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (art. 15 do Código Civil).

Por meio das noções postas, extrai-se a explicação para a escolha dos temas a serem debatidos em audiência pública no Supremo Tribunal Federal, fato que merece atenção e será no presente trabalho à luz do arcabouço teórico pertinente ao constitucionalismo, a democracia e à economia.

4 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO AO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS

A fim de viabilizar o estudo do tema proposto neste trabalho, acesso a medicamentos, constitucionalismo e democracia, deve-se partir da definição acerca da natureza jurídica que o permeia, posto que disso decorrerá o regime jurídico a ser buscado pelo estudioso do tema.

Sobre a questão, cabe lembrar que a Constituição de 1988 simboliza a ruptura com o regime militar, cuja característica autoritária impedia a proteção dos direitos fundamentais no Brasil. Assim, seu texto fez renascer a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CR/88).

O resgate da perspectiva da dignidade deve fazer parte e conduzir a interpretação decorrente do texto constitucional e demais atos normativos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de negar-se a natureza democrática do Estado de Direito e de se fomentar a existência de inconstitucionalidades.

São objetivos da República Federativa do Brasil a construção de sociedade justa e solidária e a promoção do bem de todos (art. 3º, I, IV da CR/88), da mesma forma que seu preâmbulo deixa claro que o Estado Democrático destina-se a assegurar, por exemplo, os exercícios dos direitos sociais, individuais, o bem-estar, a justiça e a igualdade.

Não é sem razão, portanto, que o atual texto constitucional auxilia de forma inquestionável a proteção dos direitos e garantias fundamentais, fazendo com que figurem dentre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, I da CR/88)¹⁰, bem como que façam parte dos direitos fundamentais os direitos sociais¹¹.

No que diz respeito ao acesso a medicamentos, este direito está previsto no art. 6º da CR/88, uma vez que decorre do reconhecimento do direito social à saúde, ou seja, a ele se aplicam as mesmas regras válidas para os direitos fundamentais, inclusive a de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CR/88).

As reflexões até então postas sobre o direito à saúde serão o fio condutor para o prosseguimento deste trabalho, uma vez que é preciso partir de referencial teórico sólido, a fim de que as conclusões exaradas no corpo do presente artigo tenham fundamento jurídico, uma vez que o tema facilmente pode despertar reações emocionais arbitrárias.

5 CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O tema em debate diz respeito ao direito à saúde, direito este fundamental e que por ter esta natureza inclui-se no debate pertinente à eficácia dos direitos fundamentais, daí o porquê de ser necessária ao estudo do constitucionalismo¹² brasileiro quanto ao aspecto da efetividade das normas constitucionais.

¹⁰ Estes aspectos são defendidos com base nas noções de indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos.

¹¹ “No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que se fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de amplo processo de discussão oportunizado com redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. [...]. Três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. [...]. O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário [...], já que o Constituinte, nas redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. Também a marca do pluralismo se aplica ao título dos direitos fundamentais, do que dá conta a reunião de dispositivos reconhecendo uma grande gama de direitos sociais, ao lado dos clássicos, e de diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc.” (SARLET, 2004. p.73/75).

¹² O sentido de constitucionalismo adotado no presente trabalho dá-se em sentido estrito, explicado do seguinte modo: “[...] é a técnica jurídica da tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou aos cidadãos exercerem, com base em constituições escritas, os seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio. [...] Com efeito, o movimento constitucionalista apregoava que todos os Estados deveriam possuir constituições escritas, as quais funcionariam como instrumentos assecuratórios dos direitos e garantias fundamentais. o marco do seu apogeu foi o fim do século XVIII, em oposição ao absolutismo, pelo contrário, defendia a divisão de poder. [...] Tal enunciado consistiu numa aram do liberalismo contra o absolutismo, caracterizado pela fusão do monarca com o Estado. A doutrina liberal encontrou, dessa forma,

As reflexões sobre a questão são inúmeras e diversas teses já chegaram aos tribunais pátrios, incluindo o Supremo Tribunal Federal. Nesta Corte, o direito constitucional à saúde ganhou espaço quanto à efetividade, havendo julgados permitindo a distribuição gratuita de medicamentos pelo Poder Público¹³.

Tendo em vista tais constatações, emerge a necessidade de reflexão sobre se há justificativa teórica para que o Poder Judiciário possa decidir acerca de temas que envolvam políticas públicas e medidas legislativas que não foram implementadas na esfera política, devido à inércia dos Poderes Executivo e Legislativo.

Nesta seara os debates se consolidam em torno de teses que representam obstáculo à efetivação do direito à saúde, este é o ponto em razão do qual se aperfeiçoam as diversas teses jurídicas.

Pela limitação de páginas deste trabalho, própria de qualquer artigo, serão analisados apenas as principais objeções à concretização do direito à saúde, quais sejam: restrições orçamentárias (reserva do possível), dimensão coletiva deste direito (direito de todos x direito de um único indivíduo), eficiência das políticas públicas existentes (listas do SUS) e ativismo judicial/separação de poderes/legitimação do Poder Judiciário para proferir decisões que interfiram de algum modo na atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo.

O último aspecto levantado, devido à densidade teórica que o permeia, ativismo judicial/separação de poderes/legitimação do Poder Judiciário, será objeto de análise em tópico específico, ao passo que os demais a partir deste momento serão apreciados.

Sobre as restrições orçamentárias para a concretização do direito à saúde, Ingo Wolfgang Sarlet ¹⁴ explica que todos os direitos fundamentais podem implicar custo de algum modo, não estando restrita aos direitos sociais.

uma saída para eliminar os abusos, as arbitrariedades, o desrespeito aos direitos fundamentais dos cidadãos, cometidos pela realeza. Portanto, como *técnica jurídica de tutela das liberdades*, o constitucionalismo foi um movimento criado para assegurar as prerrogativas inalienáveis do ser humano, permitindo ao povo exercer seus direitos fundamentais, previstos na constituição. O constitucionalismo é uma *técnica jurídica de tutela das liberdades*, porquanto engloba um conjunto de normas, instituições e princípios constitucionais positivos, depositados em constituições escritas, a exemplo do direito à vida, à igualdade, à dignidade, ao devido processo legal, e tantos outros vetores relacionados à mecânica dos direitos humanos fundamentais.” (BULOS, 2009.p. 11 a 13).

¹³ Alguns julgados proferidos no Supremo Tribunal Federal, em prol do fornecimento de medicamentos: Ex. STF – RE 195192 – Rel. Ministro Marco Aurélio – j. 22.02.09; STF – RE 271.286 – AGR – Rel. Celso de Mello – j. 12.12.06 e STF – RE 393175 – Rel. Celso de Mello. j. 12.12.06; STF – AGRRE 238328 – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 16.11.99; - STF – AGRRE 255627 – Rel. Min. Nelson Jobim – j. 23.02.01.

¹⁴ SARLET, 2008, p. 291 a 318.

Comumente, segundo o Autor, há referência à questão sob o título “reserva do possível”, expressão com origem na Alemanha, na década de 70, cujos aspectos teóricos foram recepcionados e desenvolvidos na esfera de julgamentos do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

Para ele, a realidade pertinente à reserva do possível compreende três aspectos centrais: disponibilidade fática de recursos para a efetivação de direitos, disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos e proporcionalidade e razoabilidade da prestação¹⁵.

Ao refletir acerca das conseqüências da aplicabilidade da “reserva do possível” na seara das prestações de saúde, Ingo conclui que se estiver pelo menos presente o debate sobre o mínimo existencial, o direito pleiteado é judicialmente exigível, posto que devem prevalecer a vida e a dignidade da pessoa humana.

Em se tratando do fornecimento gratuito de medicamentos, a decisão que permitirá ou não a disponibilização destes fará a escolha entre a vida e a morte de um paciente, do que se depreende, neste caso específico, estar presente o mínimo existencial, ou seja, não há possibilidade do Estado invocar a “reserva do possível” para se esquivar de sua responsabilidade.

Além disso, deve-se destacar que a realidade político-social alemã não se compatibiliza com a brasileira, constatação oportuna e imprescindível à análise das conseqüências da interpretação do texto de 1988 à luz da teoria da reserva do possível.

Julgado da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná traduz a necessidade de cautela quanto a este aspecto. Seu texto é longo, mas deve ser transcrito em sua integralidade, a fim de que o leitor compreenda o raciocínio a ser seguido:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE TRANSTORNO EFETIVO BIPOLAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO DEMONSTRAÇÃO. DEVER DO MUNICÍPIO QUANTO AO FORNECIMENTO

¹⁵ “De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. [...] Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.” (SARLET.....idid p. 308).

DOS MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DIANTE DA OCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. VIOLAÇÃO A DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E À VIDA. OFENSA À UNIVERSALIDADE E À IGUALDADE DO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. (...) Conjunto probatório suficiente para comprovar que a representada é portadora da patologia Distúrbio Efetivo Bipolar e necessita da medicação prescrita, ainda que não conste na lista de medicamentos do programa para a aquisição de medicamentos e pelo fato de os médicos não serem cadastrados ao SUS, por se tratar de violação a direito constitucional à saúde e à vida. 4. Inaplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível diante da realidade jurídico e social brasileira. (...) Outrossim, vale ressaltar que não obstante o apelante ter invocado que para a efetivação dos direitos sociais dependeria da disponibilidade de recursos públicos necessários para sua satisfação, tudo em atenção ao seu limite, chamado de reserva do possível.² Vale acrescer que tal teoria foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social diametralmente contrário com a realidade brasileira. Assim, enquanto aquele se insere entre os chamados países centrais, onde já existe um padrão ótimo de bem estar social, este é considerado um país periférico em que as condições oportunizadas se fazem de modo desigual dentre sua população. Logo, esta teoria estrangeira sobre a interpretação dos direitos sociais não pode ser facilmente aplicada para a realidade brasileira, sem as suas respectivas adaptações.³ Nesse passo, com a devida vênia, faz-se mister trazer à colação o entendimento de Dirley da Cunha Júnior: "Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele 'algo' existe e sempre existirá, só que não se encontra - este sim, é o caso - devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, festas pomposas, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas; gastos em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência"⁴. Nesse contexto, impende destacar o entendimento do insigne Ministro Celso de Mello, a propósito do julgamento ADPF n° 45, que incidentalmente reconheceu a possibilidade do controle judicial de políticas públicas diante da inércia de órgãos de direção política frente aos deveres constitucionais quanto à respectiva implementação: "É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo

programático. [...]Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado." (...).Note-se que o desprezo dos entes públicos quanto ao fornecimento regular e gratuito dos medicamentos afronta diametralmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, obrigando a impetrante a assistir o agravamento de seu quadro clínico, além de ter que suportar a enfermidade já existente.(...).

(grifos)¹⁶

Somam-se a estas constatações, a apreciação da forma pela qual a ciência econômica influencia o Direito a ponto de servir de sustentáculo para teorias como as da “reserva do possível”. Como o presente tópico trata do constitucionalismo e devido à sua limitação, o estudo da relação direito e economia, em especial a existência da noção de *Law and Economics*, será feito em tópico próprio na sequência deste trabalho.

Outro óbice colocado à efetividade do direito à saúde diz respeito ao fato da saúde ser direito de todos, não se podendo admitir que para tratar um indivíduo doente sejam gastos recursos significativos, o que pode comprometer o tratamento de inúmeros outros indivíduos. Luis Roberto Barroso explica este contexto:

Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal alegou o alto custo do

¹⁶ TJPR - 5ª - APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº 440.873-3 - Apelante: ESTADO DO PARANÁ e Apelada: EVA PEREIRA DE ASSUNÇÃO .RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. - Rel. JURANDYR REIS JÚNIOR -j. 22.01.08). 1 TJPR, ApCvReex nº 0419799-9, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Abraham Lincoln Calixto, DJ em 28/09/2007.2 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 448. 3 KRELL, Andreas J. op. cit. IHERING, Rudolf Von. A Luta pelo Direito. p. 01. 4 CUNHA Júnior, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. p. 713. 5 DJ 04/05/2004 P - 00012. 6 Ap. Cível e Reexame Necessário nº 0361124-3, 5ª C.C., Rel. Des. Leonel Cunha, Julgado em 28/11/06, DJ em 15/12/2006. 7 Ag.I. nº 0332967-3, 5ª C.C., Rel. Juiz Convocado Eduardo Sarrão, Julg. em 13/06/06, DJ em 28/07/06.8 DIAZEPAN 5mg, TRYPTANOL 25mg, CINARIZINA 75mg e CIMETIDINA 200mg.

medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário imiscuir-se na política de administração pública¹⁷

Esta questão igualmente não pode ser analisada sem que se considerem os contextos social e político brasileiros, posto que o direito não se faz só com o texto positivo, mas com contextualização da realidade social em que está inserido.

Recentes notícias na esfera política levam ao conhecimento dos cidadãos gastos excessivos e impertinentes à sua finalidade com cartões corporativos, passagens aéreas, pagamento bilionário de horas extras no parlamento, aumento corriqueiro de verbas parlamentares, corrupção desenfreada e diminuição gradativa, em cada proposta orçamentária, de recursos destinados à saúde.

Estes são apenas alguns dos exemplos possíveis em meio a tantas outras demonstrações de que arrecadação financeira em importe considerável de fato existe no Brasil, a grande questão é a inadequada destinação dos recursos.

No que diz respeito ao contexto social, basta que se tenha a percepção de que os mandatos eletivos seguem sendo cumpridos há muitos anos e não há melhoras significativas quanto ao cumprimento de diversos direitos sociais, dentre eles, o da saúde.

Não é sem razão que o caos social se instalou no Brasil e é sentido por todos, seja por meio que meio for: violência, falta de educação de qualidade, ausência de cultura, moradia, assistência à saúde, saneamento básico e assim por diante.

Diante deste quadro crítico, somado ao que já se expôs no presente trabalho sobre a forma pela qual se estrutura a política pública brasileira de assistência farmacêutica, o estudioso do direito deve ter perspicácia para compreender que demandas judiciais por meio das quais se requer o fornecimento de medicamentos no Brasil refletem invariavelmente a enorme deficiência das políticas públicas pertinentes, bem como destinação inadequada de recursos, sobra orçamento onde assim não deveria ser.

Dessa forma, acatar a tese de que um cidadão brasileiro tenha que ficar sem assistência farmacêutica de qualquer espécie em prol da coletividade significa dar respaldo à continuidade de políticas ineficientes, que afrontam direitos fundamentais.

¹⁷ BARROSO, 2007, p. 51.

Isso porque a imposição judicial de tratamento pode fazer com que o Estado reformule políticas públicas incompatíveis com o interesse público que demanda atendimento farmacêutico eficiente.

Além disso, não se pode deixar o cidadão sem assistência, sob pena de o condenar a morte, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro neste caso, uma vez que decisões que definem se haverá ou não o acesso a medicamentos fazem a diferença entre a vida e a morte de uma pessoa.

As próprias características do constitucionalismo adotadas no presente trabalho, compatíveis com a defesa de direitos, não excepcionam direitos individuais em prol dos coletivos, porque isso significaria a não defesa dos referidos direitos. Direitos fundamentais assim o são sempre, nunca excepcionalmente.

Por esse mesmo motivo, não se pode acatar argumentos no sentido de que as políticas públicas existentes são eficientes, devendo-se permitir, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas do SUS, não registrados na ANISA, alguns deles experimentais, outros sem eficácia comprovada.

Ora, a prescrição de qualquer medicamento é feita por profissional legalmente habilitado, do que se depreende que o tratamento prescrito é eficiente para aquele paciente.

Assim, o fato de ser experimental ou sem registro na ANVISA não implica suspeição do respectivo fármaco, até pela constatação já feita neste trabalho de que o registro das substâncias medicamentosas no Brasil não é democrático e está restrito à capacidade econômica do interessado, em geral, a lucrativa indústria farmacêutica.

Além disso, cada paciente tem uma necessidade específica de tratamento, não se podendo obrigá-lo a submeter-se a tratamento que consta da listas do SUS, mas que a ele é ineficaz. Não existe direito à saúde pela metade, ou ele é integralmente garantido, ou não se trata de atendimento ao direito à saúde.

Sobre esta temática, seguem importantes reflexões abaixo enunciadas:

[...] os rígidos padrões de dispensação adotados pelo Poder Executivo estão afastando, cada vez mais, os cidadãos do seu direito à saúde constitucionalmente assegurado. O funcionamento do SUS demonstra que o fornecimento dos medicamentos de alto custo pelo Estado tem sido cada vez mais restringido, controlado e refreado. [...] Mesmo que o paciente seja portador de uma receita emitida por um médico pertencente à rede pública de saúde, não terá deferida a dispensação de um medicamento, caso este não seja o previsto, nos Protocolos como o indicado para a sua enfermidade. O seu direito

de acesso à saúde é negado. Temos assim configurada uma flagrante contradição médicos que participam do SUS prescrevem um tratamento pra o seu paciente, por entender ser este o tratamento mais adequado à sua enfermidade. Esta decisão é inquestionável. Mas o paciente não obtém este medicamento caso não haja previsão de aplicação no Protocolo Clínico. [...] Judicializaram-se as políticas públicas de saúde no Brasil. Em razão da infeliz opção feita pelo Poder Executivo brasileiro em limitar o acesso à assistência farmacêutica com base em Portarias, cria-se a necessidade de se resguardar a efetividade do mandamento constitucional judicialmente. A opção dos Protocolos é equivocada. Em um só momento, generaliza-se o tratamento médico de milhares de indivíduos que possuem quadros clínicos, peculiaridade físicas, etárias, sociais e comportamentais diferentes. Desconsideram os Protocolos que cada paciente deve ter seu tratamento prescrito de forma individualizada, já que cada organismo responde de forma única a um mesmo tratamento. A opção pela equação custo/efetividade acarretou a escolha pelos Protocolos de medicamentos, que são muitas vezes os mais baratos dentre os existentes, que podem ser prescritos somente em quantidades insuficientes, por um período muito curto de tempo¹⁸.

Quanto ao ativismo judicial/separação de poderes/legitimação do Poder Judiciário para proferir decisões que interfiram de algum modo na atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo, o próximo tópico tratará com exatidão deste tema.

6 DEMOCRACIA E ACESSO A MEDICAMENTOS

No que diz respeito à temática pertinente ao fato do Poder Judiciário proferir decisões afetas às políticas desenvolvidas pelos outros Poderes, questiona-se constantemente a legitimidade para tanto¹⁹.

Os fundamentos utilizados por aqueles que negam a referida legitimidade parte de dois pilares principais: o primeiro deles com respaldo na teoria da separação de poderes e o outro afeto à falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário para atuar em tais questões.

Quanto à separação de Poderes, a problemática emerge da constatação segundo a qual os intérpretes e aplicadores dos preceitos normativos por um lado devem preservar a máxima efetividade possível para os direitos sociais, mas por outro não podem ignorar o modelo da

¹⁸ CARVALHO, 2007.p. 124 e 125.

¹⁹ Na mesma medida em que se robustece o protagonismo do **Judiciário**, crescem e se acirram as posições favoráveis e as contrárias a esse fenômeno. A valorização do ativismo judicial e do constitucionalismo tem seu contraponto na contenção, nos riscos da extrapolação de suas funções, nos preceitos majoritários. A polêmica, uma vez mais, não é só de princípios. Está em jogo a força relativa das instituições e de seus integrantes, como também a manutenção de privilégios e a efetivação de projetos políticos.” SADEK, Maria Teresa Aina. Ativismo Judiciário a pleno vapor. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, , n.41956, 31/08/, 2008, Aliás, p.J4.

separação de poderes adotado no texto constitucional, não sendo aceitável que decidam sobre políticas públicas afetas ao campo decisório dos Poderes Legislativo e Executivo²⁰.

Ocorre que a clássica separação de poderes surgiu em contexto sócio-político diverso do que enfrenta a sociedade brasileira contemporânea. Não se está no presente momento a defender a violação deste princípio, mas uma interpretação guiada pela própria idéia de mutação constitucional, a fim de compatibilizar seu conteúdo com as efetivas necessidades sociais, observe-se:

A separação foi historicamente necessária quando o poder pendia entre governantes que buscavam recobrar suas prerrogativas absolutas e pessoais e o povo que, representado nos parlamentos, intentava dilatar sua esfera de mando e participação na gerência dos negócios públicos. [...] O princípio perdeu pois autoridade, decaiu de vigor e prestígio. Vêmo-lo presente na doutrina e nas Constituições, mas amparado com raro proselitismo, constituindo num desses pontos mortos do pensamento político, incompatíveis com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo, quando erroneamente interpretado, conduz a uma separação extrema, rigorosa e absurda [...] Convertido numa técnica substancialmente jurídica, o princípio que se empregou contra o absolutismo dos reis, o absolutismo dos parlamentos [...] não ficaria definitivamente posposto. [...] do mesmo passo que denegam e oprimem aos mais legítimos interesses da liberdade humana.²¹

Assim, o simples fato de um magistrado permitir o fornecimento de medicamento não previsto na lista oficial do SUS, por exemplo, não significa afronta à separação de poderes, se esta decisão for contextualizada segundo a forma pela qual se dá a assistência farmacêutica no Brasil que, conforme já demonstrado ao longo do presente, é excludente e acessível apenas às indústrias farmacêuticas.

Não se pode abandonar o cidadão, deixando-se de dar efetividade ao seu direito, fazendo-o aguardar por política pública que nunca será eficiente para tratá-lo.

No que diz respeito à legitimação democrática, o óbice imposto relaciona-se com a principal constatação de que os magistrados não teriam sido eleitos por voto popular.

Luis Roberto Barrozo²² explica que o princípio democrático expressa justamente esta ideia de soberania popular, ou seja, todo o poder emana do povo, de modo que periodicamente o

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 4ª ed. p. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 763.

²¹ BONAVIDES, 2002.p.146/148.

²² Idid. p. 39.

povo se manifesta por eleger seus representantes que farão partes dos quadros dos Poderes Legislativo e Executivo, o que não ocorre com o Poder Judiciário.

Expõe, ainda, que pode acontecer de a maioria política vulnerar direitos fundamentais, hipótese em que o Poder Judiciário deve agir, do que emerge o questionamento acerca da possibilidade dos juízes interferirem na definição de políticas públicas.

A esta questão, o Autor responde que poderá haver a intervenção jurisdicional sempre que se estiver atuando para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente, concluindo seu raciocínio no sentido de que a atuação judicial será legítima ao se reconduzir a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador, para que não haja ato de vontade própria do órgão julgador.

Refletindo sobre as lições há pouco expostas, é possível chegar à conclusão de que se o Poder Constituinte, representando a vontade popular, inseriu direitos e exigiu sua proteção no texto da Constituição de 1988, está legitimada a intervenção judicial para que se dê efetividade ao texto constitucional.

Esta legitimação é explicada por meio do modo pelo qual se demonstra ser possível garantir a vigência do texto Constitucional, qual seja:

Dentro do regime democrático, a forma mais significativa de garantir a supremacia da Constituição é através do controle de constitucionalidade. O Poder Judiciário necessita assumir uma posição clara de garantir a supremacia da Constituição, evitando que, por omissão ou ação do Estado ou de pessoas, o discurso constitucional caia num vazio retórico sem qualquer expressão social, deixando ao sabor de majorias ocasionais ou ao capital especulativo mundial as decisões sobre o futuro da Nação²³.

Daí o porquê de se encontrar conclusões dentre os estudiosos do tema no seguinte sentido:

[...] a atuação do Poder Judiciário diante da inobservância de um direito fundamental de prestação, seja por intermédio das ações individuais ou por meio de ações coletivas, não tem o objetivo de interferir nas políticas adotadas pelo Poder Legislativo ou Executivo, mas sim visa dar efetividade aos preceitos erigidos a direito fundamentais, previstos na própria Constituição Federal Brasileira.²⁴

²³ JUNIOR, Américo bedê freire. 2001 Uma Constituição no espaço. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. ano 9. set/out 2001. p. 250.

²⁴ SPALDING, 2004, p 87.

Cabe ressaltar julgado do Supremo Tribunal que discorre sobre o tema em apreço:

A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte se qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante²⁵.

Pelo exposto, conclui-se que cabe ao Poder Judiciário fomentar a proteção dos direitos fundamentais, seja quando já foram violados, seja quando ameaçados, controlando atos dos Poderes Executivo ou Legislativo, posto que tais direitos foram definidos pela vontade popular, por meio do Poder Constituinte e a eles deve ser dada eficácia.

Da forma como se desenvolve atualmente, a política pública brasileira ligada à assistência farmacêutica desrespeita o princípio democrático, na medida em que na prática, por limitações técnicas e financeiras, não se tem acesso igualitário aos meios cabíveis para que a política pública estatal corresponda efetivamente às necessidades sociais e dê efetividade aos direitos fundamentais determinada pelo Poder Constituinte.

8 DIREITO E ECONOMIA

Dando continuidade à proposta de análise interdisciplinar proposta, é preciso refletir sobre o acesso a medicamentos no Brasil também à luz da relação do Direito com a economia, especialmente como o discurso da economia entrou no Direito e quais seus efeitos, o que será feito a partir de uma crítica da Escola da *Law and Economics*.

Em síntese, pode-se explicar que o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo, modificando o sustentáculo do pensamento jurídico, razão pela qual:

Denomina-se Análise Econômica do Direito (AED) o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago no início da década de 60 do século passado, o qual busca aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e

²⁵ STF – RE 267612 – Rel. Min. Celso de Mello – j. 23.8.00.

aplicação do Direito [...]. *Law and Economics*, contudo, não é um movimento coeso. Apresenta diversas escolas e orientações, com diversas publicações regulares. O fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas. O objeto de estudo da AED deixou de acontecer exclusivamente no plano do Direito da Concorrência para ganhar novos campos: propriedade, [...] direito constitucional [...]. busca o movimento transformar o direito, que se encontraria num estado pré-científico, incapaz de se adaptar a nova realidade mundial, caracterizada pela crise do Estado e do Bem-Estar Social, em uma verdadeira ciência, racional e positiva, mediante a análise e investigação do Direito de acordo com os princípios, categorias e métodos específicos do pensamento econômico²⁶.

Em tal contexto, o texto da Constituição de 1988 constituiria verdadeiro obstáculo ao crescimento econômico no que diz respeito à previsão de seu artigo 196, o qual, em leitura literal, prevê que a saúde é direito de todos. Esta busca pela proteção do direito fundamental ao acesso a medicamentos, o que não fomenta o desenvolvimento econômico, ao contrário, impede seu progresso.

Isso porque se considera que a atuação do Poder Judiciário, sua baixa qualidade é uma das causas da estagnação econômica, sendo exigida, por exemplo, a revisão da forma e alcance de intervenção do Estado e da Constituição.

A adoção das lições da *Law and Economics* implica uma revisão de mentalidade dos estudiosos, aplicadores do Direito voltados ao mais baixo custo econômico possível.

Disso decorrem, por exemplo, teses segundo as quais não se podem obter judicialmente medicamentos não incluídos nas listas do SUS, não registrados na ANVISA, de custo tão alto que comprometa a receita da compra de outros fármacos para a coletividade.

Depreende-se, então, que o movimento metodológico analisado coloca o direito numa posição de subserviência quanto ao dogma econômico, verificando-se não um diálogo entre ambas as áreas do conhecimento, mas um discurso de imposição.

O ser humano e suas fundamentais necessidades, os direitos fundamentais, deixam de ser analisadas no contexto social do qual emergem, para que a ineficiência da atuação jurisdicional se resolva pelos dogmas econômicos que preconizam, na esfera jurídica, padrões céleres, tais como as Súmulas Vinculantes.

Não se permite mais que o juiz aprecie os fatos, os quais decorrem das realidades social e política brasileiras, de modo a, em analisando o direito, prestar do modo mais adequado possível a prestação jurisdicional.

²⁶ ROSA et al., 2009, p.555 a 57.

Em se tratando de direitos fundamentais, as consequências da intervenção indevida dos dogmas da economia no Direito, uma vez que são ciências com diferentes objetos.

Assim, pensar em *Law and Economics* e sua aplicação e relação com o direito fundamental ao acesso a medicamentos tem consequências catastróficas, especialmente pela total falta de consideração para com a existência do ser humano, deslocando as atenções para o mercado, observe-se:

[...] diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito deve suplantar a mera <democracia formal>, para alcançar a <democracia material>, na qual os Direitos Fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das Instituições.[...] percebe-se a colocação da <decisão judicial> numa cadeia de significantes que deve, necessariamente, guardar uma parametricidade com as diretrizes econômicas, transformadas em <critério> do sistema decisório [...] o jurídico é transformado, assim, numa esfera técnica aparentemente despolitizada. O preço de tal <lugar> é o do desfazimento da Democracia e o do esvaziamento do que se denominou <Justiça Social>.²⁷

Ou seja, não se reconhece direitos à pessoa humana, titular de direitos fundamentais, de lado, pois o fator econômico transforma-se em dogma previamente constituído e não-passível de discussão, visando apenas à eficiência econômica, mesmo que para isso se ignore a existência dos já mencionados direitos fundamentais: “*No discurso da AED há um rompimento com o sujeito de direito para se acolher o <homo economicus>*”²⁸

Esta característica própria do engessamento da *Law and Economics* inibe a interpretação judicial de ser guiada pelas normas constitucionais. Contudo, uma das formas de manter o direito imune aos ditames de mercado que geram regras econômicas inconstitucionais e antidemocráticas é realizar uma espécie de filtragem constitucional, observe-se:

[...]os valores constitucionais primeiramente devem buscar realização, impondo-se mediante a ordem infraconstitucional. [...] Projetado este vetor positivo para a incidência na ordem infraconstitucional, afirma-se a necessidade de interpretar esta *sob a luz* da axiologia constitucional, atribuindo os sentidos que permitam a máxima realização dos valores contidos na Lei Fundamental. Este vetor ainda possibilitará a compreensão de que as normas constitucionais devem ser aplicadas imediata e diretamente, independentemente da normatividade intermediária, ou contra ela e no lugar dela, quando se tratar de comandos executáveis por si mesmos [...] a filtragem constitucional [...] deverá pressupor a preeminência normativa da Constituição, contudo, projeta-la-á não para qualquer concepção sistemática da Constituição mas, sim, para uma específica concepção: a da Constituição enquanto *sistema aberto de*

²⁷ Ididem. et all. 2009, P.85/86

²⁸ Ibidem., 2009.p..90

regras e princípios, que permitirá pensar o Direito Constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa em diálogo com as realidades social, política e econômica.²⁹

Observe-se que o autor trata do diálogo com as realidades social, política, próprias do constitucionalismo, e econômica, o que significa dizer que o Direito não está subordinado à economia, dada a impossibilidade de fundir seus objetos, nem mesmo distancia a pessoa humana, pois esta interpretação leva em conta a realidade social e política, as quais se compõem obrigatoriamente do substrato humano.

Somente por meio da filtragem constitucional descrita no trecho há pouco transcrito faz com que permaneça defensável a tese de que o acesso a medicamentos da forma posta no presente trabalho, à luz do constitucionalismo, da democracia e da realidade da seara econômica, cuja existência e influência não pode ser negada, mas também não pode ser colocada em primeiro plano, como se direitos fundamentais não existissem.

9 CONCLUSÃO

Demonstrou-se ao longo da presente exposição que a problemática existente quando o assunto é assistência farmacêutica no Brasil deve ser criteriosamente analisada porque se trata de problema de saúde pública.

Tal foi o motivo pelo qual se escolheu neste estudo apresentar o diagnóstico da problemática posta, identificando a natureza jurídica do direito ao acesso a medicamentos como um direito fundamental.

A partir da noção de sua fundamentalidade, foram expostos os conteúdos relativos às teorias que procuram explicar o constitucionalismo e democracia, a fim de verificar se há justificativa teórica para que o Poder Judiciário possa deferir pedidos para que haja o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.

Também foi objeto de análise características pertinentes à metodologia da *Law and Economics*, tendo-se identificado a tendência a confundir os objetos das ciências da economia e do Direito, o que implica a subserviência do Direito aos postulados econômicos, o que não se pode admitir, devendo ser defendida a filtragem constitucional, que privilegie a pessoa humana,

²⁹ SCHIER, 1999. p.106/107.

uma vez que fomenta o diálogo com as realidades social, política, pertinentes ao constitucionalismo, das quais fazem parte todos os cidadãos.

Pelo exposto, chegou-se à conclusão de que há fundamento teórico para que o Judiciário possa intervir, já que as causas do crescente número de demandas decorrem da incompetência do Estado em administrar as políticas públicas de saúde, deixando os cidadãos desistidos.

Assim, não há como refutar pedidos de acesso a fármacos com base na “reserva do possível”, no direito à saúde de todos em detrimento da saúde de um indivíduo, na limitação das listas do SUS e na impossibilidade do Judiciário intervir tendo em vista a separação de poderes e impossibilidade de interferência em questões políticas.

Não acolhê-los representaria penalizar de forma totalitária e, portanto, injusta os pacientes que, além de sofrerem com sua doença, têm de suportar a profunda dor de não receberem os medicamentos de que precisam, além de passar pelo constrangimento de exporem dados de sua vida a estranhos num processo judicial.

Posicionamento contrário a este legitima a condenação dos doentes à pena de morte, pena esta cumprida em vida, expondo-os à tortura e a tratamento desumano e degradante, o que é vedado pelo texto constitucional, posto que as demandas judiciais sobre o tema representam a diferença entre a vida e a morte destes pacientes.

Assim, espera-se que na audiência pública convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal possam ser debatidas as questões postas, sob o ponto de vista ora defendido, a fim de que os Ministros que dele fazem parte não condenem à morte milhares de brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Interesse público*.v.9, n.46, p.31-62, nov./dez., 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional* . 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde. *Revista de direito social*. P. 119/127. jan/mar 2007.

COLLUCI, C. Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 09 jan. 2009. Folha Saúde, Caderno 7, p. 13

Disponível em: <_ à lu>. Acesso em: 10 mar. 2007.

Disponível em: < http//: www..saude.gov.br>. Acesso em: 10 mar 09

JUNIOR, Américo bedê freire. 2001 Uma Constituição no espaço. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. ano 9. set/out 2001. p. 245/251.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 4ª ed. p. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 763.

ROSA, Alexandre Morais da, LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economcis*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2009.

SADEK, Maria Teresa Aina. Ativismo Judiciário a pleno vapor. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, n.41956, 31/08/, 2008, Aliás, p.J4.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. .

_____. Os direitos fundamentais sociais na constituição federal de 1988: resistências à sua eficácia e efetividade. *20 anos da constituição cidadã de 1988:efetivação ou impasse constitucional*. Rio de Janeiro, 2008, p. 291 a 318.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.106/107.

SPALDING, Alessandra Mendes. Análise crítica do cabimento da intervenção judicial diante da omissão do dever de prestação f;atica pelo Estado. *Cadernos da Escola de Direitos e Relações Internacionais da Unibrasil*.n.4, p.75-88, jan./dez., 2004.

