

A GLOBALIZAÇÃO E A (IN)VIABILIDADE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO A TRATAMENTOS DE SAÚDE¹**GLOBALIZATION AND THE (IN)VIABILITY OF EFFECTUATION OF FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO HEALTH TREATMENTS**

Suelen Webber²
Marcos André Webber³

RESUMO. Esta pesquisa analisa a posição do Poder Judiciário frente a pedidos de medicamentos experimentais ou de elevado custo monetário feitos por algumas poucas pessoas, em desfavor da Administração Pública. Para isso, necessário se faz uma observação dos efeitos que a globalização tem causado no cenário nacional no que diz respeito ao Direito Fundamental de acesso a tratamentos de prevenção e manutenção da saúde, bem como é necessário observar como os Tribunais vem decidindo a situação posta. Nesta perspectiva, pode-se verificar que da relação globalização e acesso a tratamentos médicos emerge um paradoxo: ao mesmo tempo em que a globalização permite um acesso mais qualificado a tratamentos médicos dos mais variados, esta mesma globalização inviabiliza alguns cidadãos de alcançarem este tratamento, diante de seus custos, gerando frustração de expectativas, porque sabem de sua existência mas não podem usufruir do mesmo. Para o desenvolvimento dessa ideia é utilizado como referencial o teórico a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e as considerações de Mireille Delmas-Marty sobre globalização.

PALAVRAS-CHAVE: GLOBALIZAÇÃO, SAÚDE, MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS.

ABSTRACT. This research analyses the Judiciary position on granting or not appeals for experimental or high cost medicines for a few people, in disadvantage on State. Thus, it is necessary an observation over the effects that the globalization has caused to the national scenery in terms of Fundamental Rights of access to preventing treatments and health care, as it is necessary to observe how the Court has been decided this situation. In this perspective, it may be verified that, from relation between globalization and access to medical treatments emerges a paradox: at the same time that globalization allows a more qualified access to different kind of medical treatments, it makes impossible for some citizens to be part of these treatments, before of their expenses, creating frustrated expectations, because they know it exists but cannot receive any benefit from it. For this work, it will be used as

¹ Artigo recebido em 31 de maio de 2012 e aceito em 11 de junho de 2012.

² Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Capes 6, na linha de pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Bolsista do Cnpq. suelenwebber@terra.com.br

³ Mestrando em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Ciências Contábeis, Filosofia e Direito pela mesma instituição. marcoswebber@terra.com.br.

referencial the Niklas Luhmann's Theory of Systems and Mireille Delmas-Marty's ideas about globalization.

KEYWORDS: GLOBALIZATION, HEALTH, EXPERIMENTAL MEDICINES.

SUMÁRIO: CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 1. UM ACOPLAMENTO PRIVILEGIADO: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PREVISÃO DE GARANTIA À SAÚDE; 2. PODE A GLOBALIZAÇÃO SER CONSIDERADA UM DOS FATORES RELEVANTES DE AUMENTO DOS PEDIDOS DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO? 3. COMO DECIDIR FRENTE A UM PARADOXO? CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo do presente artigo é verificar qual o papel da globalização na efetivação do Direito à Saúde no cenário brasileiro, principalmente no tocante a concessão de medicamentos postulados pelo cidadão junto à organização Poder Judiciário em desfavor do Sistema Político. Esse estudo será efetuado a partir das ideias de globalização de Mireille Delmas-Marty, bem como com a observância de elementos internos do Sistema da Saúde e do Sistema do Direito, além da análise de algumas decisões judiciais. Para isso, uma abordagem sistêmica da questão, com um aporte na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann é imperiosa, diante da complexidade da temática.

Ao falar em Direito à Saúde, em âmbito brasileiro, a verdade é que a discussão centra-se na efetivação deste direito e não na sua normatização, uma vez que o mesmo já está garantido na legislação pátria, desde a Constituição Federal de 1988, passando pelas Constituições Estaduais e Municipais até um grande leque de legislações esparsas. Todavia, em que pese a garantia constitucional, a verdade é que esse Direito Fundamental, embora elegantemente afirme-se que não tenha preço, na prática, custa caro para ser efetivado. Logo, a partir do momento em que a estrutura do Sistema Político não dá conta de trabalhar suficientemente no campo da prevenção, a efetivação do Direito à Saúde começa a ser pleiteada por meio de pedidos judiciais. Nessa senda, a globalização exerce papel fundamental, uma vez que muitos pedidos que chegam aos Tribunais brasileiros referem-se a

medicamentos que ainda nem chegaram ao Brasil, tratamentos não analisados pelas organizações brasileiras, ou seja, experimentais e com alto risco.

Para observar essa situação, o artigo foi dividido em três pontos. O primeiro deles dedica-se à uma abordagem sobre o Sistema da Saúde e sua relação com o Sistema do Direito no que tange ao Direito à Saúde. Um enfoque especial é dado as definições dos termos utilizados nesta pesquisa.

No segundo ponto, a proposta foi realizar um apanhado sobre as questões que cercam o tema envolvendo a globalização. Assim, antes de trazer os reflexos da globalização no Estado Brasileiro quando da efetivação do Direito ao acesso a medicamentos, algumas considerações sobre o que é a globalização são feitas.

Após constatar o que é o Direito à Saúde e no que consiste a globalização, o terceiro capítulo vai demonstrar como o Poder Judiciário Brasileiro tem lidado a situação aqui posta. É nesse momento que algumas decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros serão trazidas à discussão. É dessa maneira que o trabalho será desenvolvido.

1. UM ACOPLAMENTO PRIVILEGIADO: A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PREVISÃO DE GARANTIA À SAÚDE

A saúde é Direito de todos e dever dos Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.⁴

A constitucionalização do Direito à saúde trouxe, sem dúvida, muitos benefícios à população brasileira, sendo uma grande conquista. Contudo, muitas são as dificuldades impostas no momento de sua efetivação. Esses obstáculos são facilmente percebidos com o crescente número de ações que chegam ao Poder Judiciário⁵ postulando a efetivação deste Direito, muitas

⁴ Art. 196 da Constituição Federal do Brasil de 1988.

⁵ Dados do Conselho Nacional de Justiça indicam que no Brasil há mais de 240 mil ações relativas à Saúde. O mesmo estudo aponta que o Estado com maior número de processos desta natureza é o Estado do Rio Grande do Sul, onde quase metade de todas as demandas do país se encontram: 113.953 ações judiciais, ou seja, com mais do dobro de ações do segundo colocado que é o Estado de São Paulo (44.690 ações). Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 02/04/2012.

vezes envolvendo pedidos com medicamentos que ainda se encontram em fase de experimentação ou que possuem um valor extremamente elevado⁶.

Essa situação é fruto de uma sociedade de alta complexidade, a qual vivencia um grande processo de globalização, que testa questões fundamentais da nação, entre elas a eficácia da Constituição Federal, que representa um acoplamento privilegiado entre Sistema Político e Sistema do Direito. Além disso, essa objeção relacionada aos pedidos de medicamentos decorre de outro problema pouco explorado, a vagueza semântica das normas. Afinal, no que consiste o Direito à Saúde?

O problema semântico encontrado no conceito de garantia constitucional da Saúde se evidencia pela própria expressão “a saúde é direito de todos”, diante de sua amplitude, indeterminação de significado e vagueza semântica.

Nessa linha, observe-se um conceito que tenta resolver ou minimizar a questão da anemia gerada na conjunção dos termos. “O conceito de saúde sofreu sensíveis alterações, passando, de uma aspiração ou uma benesse individual, a um direito inerente à cidadania, motivando a mobilização das comunidades no sentido da estruturação de sistemas de saúde que garantissem o atendimento universal e igualitário a todos os cidadãos.”⁷. Assim, mesmo sofrendo diversas alterações, a expressão Direito à saúde, no campo do Direito, gera contingência e, conseqüentemente, complexidade.

Outro exemplo de definição, e dessa vez com um nível de pretensão maior, já que esse conceito deveria ser global, é dado pela Constituição da Organização Mundial da Saúde, que, em seu preâmbulo, define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste

⁶ É o que ocorre por exemplo no caso de um cidadão que recebe mensalmente do Estado o montante de R\$ 800 mil para ter acesso a um “tratamento de primeiro mundo” no Hospital Sírio-Libanês onde recebe a cada 15 dias doses do medicamento Soliris (eculizumab), com custo de R\$ 70 mil por mês, em razão de ser portador de um tipo raro de anemia. Contudo, no caso telado, a doença tem possibilidade de cura através de uma cirurgia de transplante (reconhecida pela Anvisa), que custaria aos cofres públicos em média R\$ 50 mil reais, sendo que o tratamento ao qual se submete no momento não tem nenhuma possibilidade de curá-lo, apenas de amenizar os efeitos da doença. Mais detalhes em: O paciente de R\$ 800 mil. Disponível em: www.revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/0-paciente-de-r-800mil.html. Acesso em: 04/05/2012.

⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 4º. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”⁸. Desta forma, o conceito de saúde é contingente, e gera inúmeras possibilidades, por exemplo: o que seria o bem estar?

As definições acima apresentadas dificultam as operações do Sistema do Direito e as comunicações da sociedade, no momento efetivação do Direito à Saúde. Na forma posta pela Constituição, ou seja, de maneira vaga, tem se tornado possível postular, com base nessa norma, medicamentos considerados experimentais ou com um elevado custo, junto ao Poder Judiciário, para uma única pessoa, ou para um grupo limitado de pessoas em desfavor do ente estatal.

Para que se possa estabelecer uma comunicação provável sobre os elementos do problema proposto, uma definição é indispensável. Neste artigo, sempre que se falar em Saúde, estar-se-á falando em enfermidade; ou seja, o código funcional que compõe o Sistema Sanitário é Saúde/Enfermidade. A operação por meio de códigos e não de conceitos, gera uma produção de sentido muito mais avançada e com um nível muito menor de incerteza. Também importante dizer que, nessa linha, o Sistema do Direito opera sob o código Direito/Não-Direito.

Nessa perspectiva, observem-se as palavras de Baraldi:

La función de la curación de la enfermedad se desarrolla con base a la orientación al código sano/enfermo. La distinción entre sano y enfermo define el ámbito de comunicación específico entre médico y pacientes: a través de ella se delimita una función por la cual no existen equivalentes en la sociedad (ni el poder político, ni el dinero pueden curar). Com los conceptos de sano y enfermo no se indican por tanto algunos estados físicos o psíquicos particulares, sino los valores de un código: el valor positivo es la enfermedad y el valor negativo es la salud⁹.

Logo, a partir do momento em que se afirma que a definição de Saúde é fundamental para que se estabeleçam algumas comunicações sobre o tema proposto, estabelecer o debate com enfoque nos pedidos de medicamentos experimentais que chegam ao Poder Judiciário exige que se observe como o Poder Judiciário vem entendendo o que é um medicamento experimental. Tomando-se por base julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o

⁸ <http://www.promocaodesaude.unifran.br/docs/ConstituicaodaWHO1946.pdf>. Acesso em 21/04/2012.

⁹ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio; *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 140.

Desembargador Luís Augusto Coelho e Braga, usando-se das palavras de Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado, define tratamento experimental como,

a prática conduzida em ambiente laboratorial, obedecendo aos preceitos éticos ditados pelos comitês federais, sob a fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina. O risco que a aplicação desse tratamento representa está fundamentalmente no fato de que os resultados obtidos nas condições especiais e artificiais dos laboratórios não são facilmente replicáveis nem generalizáveis para os casos da vida real.¹⁰

Mais do que a definição adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo o Parlamento Europeu, pode-se definir os medicamentos experimentais como aqueles fármacos que ainda não foram analisados pela organização do Sistema da Saúde responsável por decidir se um medicamento está apto a ser consumido pelos indivíduos ou não, para determinada patologia, ou seja, aquela constante na bula¹¹.

De fato, o trabalho exercido pela Anvisa é de grande relevância, já que a ela incumbe a análise de todos os medicamentos que estão no mercado brasileiro, os quais somam um número bem elevado. Neste sentido, observa-se a informação trazida por Flávia Piovesan:

O Brasil está entre os dez maiores mercados consumidores de medicamentos, com uma participação da ordem de 1,5% (um por cento e meio) a 2,0% (dois por cento) do volume mundial. (...). Esse setor é constituído por cerca de 480 empresas, entre os produtores de medicamentos, indústrias quimiofarmacêuticas e importadores. Há aproximadamente 45 mil farmácias e 5.200 produtos, com 9.200 apresentações. O estrato da população brasileira com renda superior a dez salários mínimos, que representa 15% (quinze por cento) do total, gera 48% (quarenta e oito por cento) do gasto em medicamento, com consumo médio anual de 193 dólares per capita. O estrato com renda entre 4 a 10 salários mínimos corresponde a 34% (trinta e quatro por

¹⁰ Acórdão nº 70027696277, 27/11/2008. Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

¹¹ Parlamento Europeu, através da Diretiva 2001/20/CE1 define os medicamentos experimentais como: princípio activo sob forma farmacêutica ou de placebo, experimentado ou utilizado como referência num ensaio clínico, incluindo os produtos que beneficiem já de autorização de colocação no mercado, mas sejam utilizados ou formulados (apresentação ou embalagem) de modo diferente do autorizado, ou utilizados para uma indicação não autorizada ou destinada a obter informações mais amplas sobre a forma autorizada.”

cento) da população e gera 36% (trinta e seis por cento) do gasto, com o consumo médio anual de 64 dólares per capita. Os 51% (cinquenta e um por cento) restantes da população, que possuem renda entre 0 e 4 salários mínimos, geram 16% (dezesesseis por cento) do gasto e consomem, em média anual, 19 dólares per capita. Por tanto, o setor de fármacos, além de ser essencial, corresponde também a mercado consumidor de grande valia para o Brasil a partir de critérios mais abrangentes. Ou seja, um Direito estruturalmente aberto para uma diversidade cultural mais ampla¹².

A citação supra demonstra o quão relevante é o tema tratado. Os números apresentados são extremamente alarmantes para um país com uma realidade social como o Brasil. Torna-se mais preocupante quando esta situação é conjugada com os efeitos da globalização, que acabam por expandir ainda mais esses números.

Assim, se não bastassem marcadores internos tão elevados, atualmente nos deparamos com outro “furacão” que tem agitado a “indústria” de pedidos judiciais de medicamentos, a globalização.

2. PODE A GLOBALIZAÇÃO SER CONSIDERADA UM DOS FATORES RELEVANTES DE AUMENTO DOS PEDIDOS DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO?

Na globalização, necessitam-se acrescentar à dogmática jurídica mecanismos paraestatais (organizações internacionais) que permitam a influência de outras culturas, de outras estruturas, de uma diversidade social maior, para se poder auto-reproduzir o Direito a partir de critérios mais abrangentes. Ou seja, um Direito estruturalmente aberto para uma diversidade cultural mais ampla¹³.

A sociedade de complexidade hoje vivenciada, volta-se para um fenômeno nunca antes experimentado: a globalização. Diante dessa revolução de paradigmas, uma pergunta relevante apresenta-se: é desejável que esse processo continue avançando¹⁴ de maneira desenfreada, como vem ocorrendo? Desenfreada porque se tornou um fenômeno tão dominador que

¹² PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil. IN: *Novos Estudos Jurídicos- Op. cit.*, p.43.

¹³ ROCHA, Leonel Severo; *Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. São Leopoldo: UNISINOS, 2009, p. 146.

¹⁴ Essa mesma pergunta já foi lançada por Mireille Delmas-Marty em seu trabalho *Três Desafios para um Direito Mundial*. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003.

pode ser percebido em diversos sistemas, como o Sistema Sanitário¹⁵, o Sistema Econômico e o Sistema do Direito.

Essa expansão provocada pela globalização leva ao questionamento de quão desejável ela é, em razão dos efeitos que ela apresenta. Isso porque, há outros agentes atuando e irritando a tomada de decisão de um Sistema como o Direito, que neste momento tem que observar seus limites e também os limites de outros sistemas envolvidos. Mais do que isso, muitas vezes, a globalização questiona a própria soberania do Estado e embasa violações a Constituição Federal. Nesse sentido, vale lembrar as palavras de Grasso, trazidas por Campuzano ao abordar os efeitos gerados pela globalização.

A perda inexorável do protagonismo do Estado como astro único e exclusivo de uma ordem jurídica fechada, autônoma e independente, capaz de regular a totalidade dos aspectos da vida social dos cidadãos em um determinado território, evidencia um panorama irreversível e difuso de pluralismo normativo, que se condensa na atuação de organismos de poder heterogêneos com capacidade de obrigação originária, novas organizações políticas de caráter supranacional, corporações transnacionais e grandes grupos econômicos e financeiros¹⁶.

A partir do momento em que se aceitou que alguns fenômenos não respeitam os limites geográfico de um país, como o caso de algumas situações ambientais ou de crimes de terrorismo, tem-se que decidir como se passará a agir diante dessa avalanche de informações e “soberanias” que estão cercando a todos. Deve-se desconsiderar todo um passado de perspectivas nacionais isoladas fechando-se para esse “novo mundo” que coloca em xeque a soberania ou deve-se buscar uma forma de conciliar a tradição nacional com o fenômeno da globalização que traz consigo, por exemplo, organizações com regramentos de cunho transnacional que se pretendem aplicáveis a todos?

¹⁵ Ressalta-se que em concepção diversa da de Sueli Dallari ou Sandra Regina Vial, o termo sanitário é sinônimo de saúde quando colocado juntamente com a palavra sistema. Então, Sistema da Saúde e Sistema Sanitário representam o mesmo sistema, sendo que para as autoras mencionadas, sanitário seria referente apenas à disciplina que estuda o Direito à Saúde.

¹⁶ JULIOS -CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução: MORAIS, José Luis Bolzan de. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009. p. 53.

Na temática abordada, o processo de globalização faz emergir um risco/perigo grande dentro do cenário brasileiro, a possibilidade de acesso a medicamentos que ainda são considerados experimentais no Brasil e que por isso não se tem o mínimo gerenciamento sobre seus possíveis efeitos colaterais é um destes perigos.

Muitas vezes, o acesso à informação sobre estes novos medicamentos ou até mesmo o acesso aos meios para adquirir este fármaco que sequer é vendido no Brasil, ocorre através dos meios de comunicação de massa. Atualmente, principalmente pela internet, que tornou a informação uma comunicação global em questão de segundos. Causa preocupação à medida em que, em tempos passados, “a imprensa escrita decapitou a monarquia, o rádio abateu o Parlamento e a televisão açodou os partidos políticos, as novas mídias podem dismantelar o Estado-Nação”¹⁷. É isso que queremos? É para isso que caminhamos?

Essas novas mídias, que se materializam com a internet e se estendem por uma infinidade de serviços interativos podem acabar dismantelando Estados, justamente por questões como as que vem sendo abordadas nesse artigo. A velocidade imensurável com que a informação é transmitida de um lado do mundo para outro, e para pessoas dos mais variados níveis sociais, faz com que enfermos no Brasil tomem conhecimento e tenham acesso a medicamentos que estão sendo comercializados apenas na Europa, os quais sequer sabe-se como foram testados e até mesmo se foram testados, uma vez que os procedimentos de aprovação de medicamentos não são uniformes no mundo. Outro fator relevante que coloca em crise o Sistema da Saúde Única do Brasil (SUS) é que estes tratamentos que se tom conhecimento através dos meios de comunicação, em regra, tem um valor extremamente elevado. Custeando o medicamento de um cidadão, pode-se colocar em risco vários outros. Detalhe, estar-se-á diante de um pedido de medicamento que no Brasil ainda é considerado experimental, muito provavelmente em razão da globalização, que por meio da mídia possibilita o acesso desta informação para as mais diversas pessoas.

Evidentemente que a mundialização dos meios de comunicação não é de todo ruim, pois possibilita, por exemplo, “bibliotecas planetárias, livre e

¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Tradução: CHOUKR, Fauzi Hassan. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 146.

gratuitamente acessível pela internet, ou de uma universidade para o mundo cibernético, (...)”¹⁸. Mas esse acesso à informação que ela possibilita acaba por gerar desconforto e conflito dentro do sistema interno do país, se não for bem trabalhada. As irritações advindas podem levar à corrupção dos Sistemas envolvidos.

Falando-se em organizações, em especial as do Sistema da Saúde, não há como não referir o caráter global que a discussão atinge. Isto porque há diversas organizações sanitárias de cunho extranacional, que possuem extrema importância no processo de efetivação do Direito à Saúde dentro do Estado Brasileiro, embora elas mesmas sejam transfronteiriças. Portanto, este momento de comunicação entre estas organizações e as Nações, principalmente no caso do Brasil, deve ser um momento de cautela. Isso porque em um país em que o dever de proteção à Saúde vem da própria Constituição Federal, mas que sua estrutura de efetivação de políticas públicas é deficiente, em que a modernidade é tardia, não há como defender que o Direito à Saúde compreende prestações ilimitadas. Neste cenário, por mais que estas organizações possuam influência/pressão muito grande nas decisões tomadas pelos países, as prestações concedidas aos cidadãos devem ser apenas aquelas que podem se tornar universalizáveis dentro deste país. Assim, pedidos de tratamentos para fertilização em vitro, impotência sexual, concessão de medicamentos de alto custo monetário devem ser observados com extrema reserva.

Neste espaço por influências e pressões, uma das organizações que irá se destacar é a Organização Mundial da Saúde que representa uma destas organizações sanitárias de cunho global. Seu objetivo é fomentar a criação de um Direito à Saúde mais forte, de âmbito internacional, tendo ligação direta com a Organização das Nações Unidas (ONU). Dentro da Organização Mundial da Saúde (OMS) um dos mais importantes regramentos é o Regulamento Sanitário Internacional, o qual estabelece premissas de tomada de decisão, conforme consta na Constituição da OMS, que deveriam ser aplicadas a todos os países.

¹⁸ Id. p. 145.

Outra organização global que produz irritação no Sistema Sanitário é a Organização Mundial do Comércio. Sua ligação com o Sistema da Saúde se estabelece na medida em que referida organização está direcionada à resolução de controvérsias de caráter comercial. Esse é o caso da quebra de patentes de remédios, do Acordo sobre os Obstáculos Técnicos ao Comércio e o Acordo Sanitário e Fitossanitário, e muitas vezes até em relação ao acesso e comercialização de medicamentos em determinado país.

Assim, percebe-se que, embora o Estado Brasileiro possua suas regras sobre o Direito à Saúde, o fenômeno da globalização acaba irritando a tomada de decisão que pode “questionar” nossa soberania. A globalização acaba gerando um leque imenso de foros e de regramentos sobre questões sanitárias que, por fim, acabam por intervir nos programas políticos e sociais dos Estados, principalmente na efetivação dos mesmos.

Esse é um cenário que acaba espelhando uma instabilidade, que é reforçada pela globalização levando à grande complexidade dos Sistemas. No caso específico, esse excesso de possibilidades é representado pela grande variedade de medicamentos que existem para a mesma patologia, em que o *lobby* da indústria farmacêutica se mostra muito efetivo, e o “acesso” a todas essas possibilidades de medicamentos é facilitada pela globalização, materializada nas informações transmitidas pelos meios de comunicação de massa.

Esse aspecto só salienta algo que já se mostra evidente nesse jogo. A globalização trabalha com o tempo real e o Direito com o passado. Sobre essas noções, Wilson Engelmann explorou bem o assunto:

a lógica temporal da globalização é a do tempo real, ou seja, do tempo da simultaneidade; ao passo que o Direito criado pelo Estado normalmente difere o tempo, especialmente o tempo processual. A produção jurídica sempre olha para o passado para normatizar uma determinada conduta, projetando-a para o futuro. Já na perspectiva da globalização, pelo contrário, o tempo é o espaço de decisão atual”, o que acaba gerando um crise, já que realidade e o Direito estão em tempos diferentes¹⁹.

¹⁹ ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. IN: *O Estado e suas crises*. Org. MORAIS, José Luis Bolzan de. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2005. p. 236.

Além do descompasso temporal, vivencia-se um outro abismo quando se trabalha com Direitos Fundamentais, em especial na questão sanitária. Isso é consenso em diversas matrizes epistemológicas, entres elas, a Hermenêutica Jurídica que, embora parta de pressupostos diferentes dos da Teoria dos Sistemas, nosso marco teórico, também chama atenção para este problema. Nas palavras de Lenio Steck:

O enorme fosso existente entre direito e a realidade social, que é instituído e instituinte da crise de paradigma, retratam a incapacidade histórica da dogmática jurídica (discurso oficial do Direito) em lidar com a realidade social. Afinal, o establishment jurídico-dogmático brasileiro produz doutrina e jurisprudência para que tipo de país? Esse hiato e a crise de paradigma retratam a incapacidade histórica jurídica em lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade díspar como a nossa.²⁰

Esse descompasso gera um mal-estar entre a Constituição e Sociedade, que se reflete no Judiciário, que tem que tentar equilibrar esses dois extremos, por meio de suas decisões. É nesse tocante que a questão dos pedidos de medicamentos experimentais que são levados à organização central do Sistema do Direito geram desconforto, pois fica nas mãos do juiz superar este espaço. Mais ainda, fica ao alvedrio do julgador analisar questões de Direitos Fundamentais que se tornam complexas em função de toda a informação que chega ao conhecimento das mais variadas pessoas.

Mas porque a globalização pode (in)viabilizar o acesso a meios de proteção à Saúde? Quais irritações ela provoca que levam a esta forma de questionamento? Um ponto a ser considerado é que, com a globalização, a questão dos medicamentos experimentais acaba fugindo ao controle de um único órgão estatal como a Anvisa no Brasil ou, por exemplo, o FDA nos Estados Unidos. Através dos meios de comunicação de massa, a informação tem atingindo uma velocidade impensável há alguns anos. O que pode ocorrer, e que de fato vem ocorrendo, é uma dessas organizações já ter aprovado o medicamento para a sua “jurisdição” e o fármaco estar sendo postulado em um

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Dogmática e Hermenêutica*. Cadernos de Pesquisa do Curso de Mestrado em Direito – UNISINOS, n 2. São Leopoldo. 1997. p. 05.

outro país com este argumento. Vejamos este exemplo trazido pelo médico Paulo Picon em entrevista ao CREMERS:

As decisões são tomadas pelos médicos solitariamente. Nós continuamos preservando e gostando dessa autonomia solitária de decisão, mas que é influenciada por numerosas circunstâncias, que já foram discutidas. Mostrou então uma lista de medicamentos de alto custo do Ministério da Saúde do ano de 2003. São quatorze medicamentos que na época significavam 64% do maior orçamento de medicamentos do Brasil. O primeiro da lista era usado por 225 pacientes com um custo por paciente de **800 mil a um milhão de reais**. A droga número dois, que hoje é a primeira, é um interferon que tem como preço unitário **quatro milhões de reais por grama**. Isso significa **cem mil vezes mais que o preço do grama do ouro**. Esse composto é uma associação do interferon com uma molécula de polietilenoglicol, que gerou uma patente, e essa patente **criou um registro no FDA** a um custo exorbitante, sem antecedentes na história da farmacologia. Uma ação na **Justiça do Estado de São Paulo** de 3.900 portadores de Hepatite C pedia o aludido interferon pelo nome comercial. Existem dois produtores, mas os pacientes queriam o produto com um preço calculado em **159 milhões de reais**. Estaria quebrada a maior Secretaria de Saúde do Brasil. Esse assunto foi para o Supremo Tribunal de Justiça, que deu parecer favorável à Secretaria de Saúde, **dizendo que havia protocolos para o uso desse produto no Brasil e que o seu uso não estava indicado em todos os casos**. Isso mostra a atuação da **propaganda** na esfera dos usuários pacientes e **prescritores**. Mostrou casos específicos, como o da toxina botulínica, onde havia uma de **menor preço**, mas que por ser chinesa não era aceita, embora de **eficácia comprovada** e semelhante à de maior preço²¹. (grifado).

Sobre a questão, também se manifestou o Vice Presidente da Academia

– Sul- Riograndense de Medicina, Telmo Nonamigo:

Na prática médica, o exemplo típico de “conflitos de interesses” é quando alguém prescreve a última medicação, ainda não lançada no Brasil, mas um Juiz, sem saber nada de medicina, obriga o hospital ou o secretário da saúde a comprar um remédio sem eficácia comprovada. De um lado fica alguém que, provavelmente bem intencionado, gera alto custo para o sistema de saúde ao tentar beneficiar uma pessoa, mas causa prejuízo para um grande número de outras, que, de outro lado, ficarão privadas de sua medicação necessária e de baixo custo, pois os recursos não são infinitos²².

²¹ <http://www.amrigs.com.br/revista/50-2/espcremers.pdf> Acesso em 04/11/2009.

²² Id.

A longa citação justifica-se porque resume o quadro alarmante que foi narrado até o momento. As pessoas estão tendo acesso as informações, o que foi só foi “permitido” e é parte do pacote globalização e com base nesta informação tem recorrido ao Poder Judiciário buscando as mais variadas pretensões em termos de tratamentos médicos. Ao juiz caberá decidir este pedido, mas como decidir situações desta natureza?

3. COMO DECIDIR FRENTE A UM PARADOXO?

Dentro desta perspectiva, quando se comemoram 20 anos da promulgação da Constituição Cidadã, a questão principal não é mais a declaração de novos direitos, mas a busca pela efetividade dos mesmos. Aí se insere o direito à saúde, por ser um direito social, requer a disponibilidade orçamentária para sua implementação²³

Após todos os comentários tecidos sobre os efeitos que a globalização pode causar no ordenamento jurídico desse país, no que se refere ao Direito Sanitário, é chegado o momento de efetivamente verificar como os Tribunais brasileiros vêm enfrentando a questão. Para essa observação, toma-se por exemplo duas decisões distintas sobre a situação. Decisões estas que causaram grande repercussão no cenário jurídico (com interferência direta dos meios de comunicação). Inicia-se pelas manifestações referentes a um caso ocorrido no Rio Grande do Sul concedendo medicamentos experimentais de elevado valor para uma paciente que sofre de câncer.

A decisão proferida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ressoou imediatamente nos Sistemas, gerando diversas manifestações. Um exemplo dessas declarações é encontrado no artigo de Eduardo Appio - em observação à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - intitulado de “*Um negócio de bilhões*”²⁴. No artigo, o autor expressa sua preocupação em relação à decisão prolatada, principalmente em

²³ LIMBERGER, Têmis. *Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente*. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Anuário 2008. nº 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p.53.

²⁴ APPIO, Eduardo. http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009 acesso em 16/02/2012.

razão do *lobby*²⁵ que o laboratório farmacêutico deste medicamento faz em relação aos médicos oncologistas. Nos termos do artigo: “como juiz e cidadão brasileiro fiquei preocupado com o precedente aberto na Justiça gaúcha, até porque a fabricante (Roche) pratica um marketing bastante agressivo junto aos oncologistas do nosso país²⁶”.

Acompanhando a ementa do julgado, pode-se observar que nenhuma consideração a respeito da natureza do medicamento ou da doença, ou seja, do caso em concreto foi tecida. A ementa foi assim disposta:

GRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO INESPECÍFICO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CÂNCER DE MAMA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. MEDIDA QUE MAIS SE ADEQUA ÀS NECESSIDADES DA PARTE. 1. Cumpre tanto ao Estado quanto ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, II da Constituição Federal de 1988, o custeio da saúde pública. 2. Em sendo dever não só do Estado, como também dos Municípios, garantir a saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade da requerente de fazer uso do medicamento requerido, imperiosa a concessão da liminar. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. 3. Possível a determinação de bloqueio de dinheiro das contas do ente estatal, pois não raras vezes descumpre decisão judicial, postergando ao máximo suas obrigações, muito embora tal decorra de comando judicial. Recurso provido monocraticamente, art. 557, §1º-A, do CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70027909548, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 12/12/2008).

Já na decisão de primeiro grau, o Magistrado analisou a situação fática concreta, com as suas peculiaridades, como exige o processo de decisão. Neste momento, entendeu que “o fármaco não está aprovado pela ANVISA e o médico responsável pela prescrição não é o mesmo oncologista que vem acompanhando o tratamento da paciente. O custo da medicação é elevadíssimo (R\$ 132.000,00), sem que exista segurança à sua eficácia”. Diga-se mais, o problema não é apenas que não existe segurança em relação à eficácia, mas que não se sabe quais os efeitos colaterais que o medicamento pode gerar.

²⁵ Uma abordagem marcante sobre este tema pode ser vista na obra de ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos: como somos enganados e o que podemos fazer a respeito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

²⁶ APPIO, Eduardo. http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009 acesso em 16/02/2012.

A liminar, em 1º Grau, foi assim proferida:

Vistos. Concedo à autora a gratuidade judiciária. Inicialmente, a requerente não comprova a negativa administrativa. O administrador não está obrigado a fornecer medicamento de eficácia duvidosa ou que não esteja aprovado em protocolos clínicos. A requerente não comprova que o medicamento HERCEPTIM está aprovado pela Anvisa e que faz parte dos medicamentos especiais fornecidos pelo Estado. Segundo os documentos de fls. 42/43, a demandante está participando de tratamento experimental. O médico que prescreveu o medicamento acima referido não é o mesmo oncologista que vem lhe acompanhando. Além disso, no atestado de fl. 22 nem mesmo há indicação da especialidade do respectivo médico. Nessas circunstâncias, não é razoável obrigar o Estado a fornecer medicação de custo elevadíssimo (R\$ 132.000,00), principalmente inexistindo segurança da eficácia da medicação. Intime-se. Cite-se. Diligências legais²⁷.

A decisão proferida pelo Tribunal, e que reformou a liminar transcrita acima, suscita uma questão: será que o Direito à Saúde garante respectivamente direito ao acesso de qualquer espécie de medicamentos? Roque Junges, ao observar a questão, sob a ótica do princípio da justiça, portanto, em outra matriz teórica, também manifesta esta preocupação.

A questão crucial é se o direito à assistência sanitária é de extensão ilimitada ou se têm limites. Partindo de que os recursos são escassos, é eticamente aceitável uma racionalização e ponderação dos custos e uma restrição dos serviços. Os recursos devem cobrir, antes de mais nada, as exigências básicas da saúde (...)?²⁸.

Dentro dessa ideia, seria correto dizer que certos serviços sanitários não devem ser proporcionados: ou por não serem verdadeiras necessidades básicas, ou porque excedem a capacidade da sociedade, ou ainda, porque são detentores de um grande risco²⁹? No caso telado, em que pese a diligência do

²⁷ Processo número 10803320527 – Porto Alegre.

²⁸ JUNGES, José Roque. *Bioética; perspectivas e desafios*. Ed. UNISINOS. São Leopoldo. 1995. p. 62.

²⁹ Importante esclarecer, que para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, o conceito de risco e de perigo são diversos. O primeiro estará sempre vinculado à uma decisão. Já os segundo, advém das furtividades da vida. Para explorar melhor a questão, adotamos caso didático contido no livro de Germano Schwartz *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*, que traz exemplo bem esclarecedor quanto a diferença entre risco e perigo, utilizando uma situação de enfermidade, qual seja, à contaminação pelo vírus da AIDS por contágio sexual. “Aqui é necessário distinguir dois aspectos: por uma lado trata-se da disponibilidade ao

Desembargador Relator ao consultar um especialista da medicina antes de decidir a questão³⁰, não se verifica como uma simples comunicação entre particulares, produzida por telefone, pode trazer elementos à decisão proferida, que fere o direito de diversos outros cidadãos, justificando a decisão tomada no caso. Mesmo sendo o oncologista consultado uma referência na área, vale questionar qual o compromisso deste profissional em relação ao seu paciente e em relação aos laboratórios farmacêuticos. Essa posição deve ser questionada em todos estes casos de medicamentos, principalmente experimentais, já que é de conhecimento notório o marketing que os laboratórios farmacêuticos praticam junto aos médicos, conforme já mencionado.

Observe-se, que neste caso específico, que a informação trazida por Eduardo Appio dias depois da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, embasa os receios deste tipo de comunicação e de tomada de decisão:

o oncologista C.H. Barrios – ouvido pelo ilustre magistrado na sua preocupação de prestar a melhor e imediata jurisdição – é, certamente, uma das autoridades no assunto. Todavia, suas relações com a Roche³¹ me parecem por demais próximas. Basta ver que além de publicar artigos na revista médica da referida indústria, o referido médico, em datas recentes (18 a 20 de setembro de 2008) foi um dos coordenadores de um encontro internacional sobre o tema em Gramado/RS (Hotel Serrano), patrocinado por fabricantes de medicamentos³².

Causa preocupação a concessão de uma medicação experimental de custo tão elevado, que certamente irá privar diversas outras pessoas de atendimento médico ou acesso a medicamentos muito mais simples do que este, principalmente diante dos fundamentos utilizados na decisão. “Enfim, R\$

risco de parte daqueles que estão imediatamente interessados em contatos sexuais e que, portanto, o buscam; do outro trata-se da implicação dos sócios destas pessoas que vivem de modo duradouro. Para aquele que busca a aventura sexual é um risco que ele valoriza de maneira mais ou menos alta, sejam quais forem os motivos. Para o outro é um perigo”. SCHWARTZ, Germano. O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004.

³⁰ A notícia foi veiculada com a seguinte chamada: “Um belo exemplo de efetividade na prestação jurisdicional. Para decidir - com maior conhecimento de causa - um agravo de instrumento que discutia questões relacionadas com o grave estado de saúde de uma mulher, o desembargador gaúcho Carlos Roberto Lofego Canibal, da 1ª Câmara Cível do TJRS, fez uma ligação DDI para ouvir uma autoridade brasileira na matéria: o oncologista Carlos Barrios, diretor do Instituto do Câncer do Hospital Menino Deus, de Porto Alegre. O médico estava fazendo um curso no Estado do Texas (EUA)”. http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=13990. Acesso em 25/02/12.

³¹ A Roche é a empresa farmacêutica responsável pelo medicamento em questão.

³² [APPIO, Eduardo, http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009) acesso em 16/02/2012.

132 mil (pagamento por um único medicamento sem uma eficácia comprovada e sem aprovação da ANVISA, para atender uma única mulher, sem previsão orçamentária, pode significar a morte de muitas outras pessoas que ficarão sem o atendimento adequado”³³.

A decisão proferida evidencia a grande abertura cognitiva do nosso ordenamento. E essa abertura cognitiva é fruto irremediável dos efeitos da globalização. Nesta quadra da história, é evidente que o Sistema do Direito, assim como o Sistema da Saúde necessitam de uma abertura cognitiva. Essa abertura é o que permite sua retroalimentação, sua autopoiese. Todavia, isso traz responsabilidades, e uma delas é a obrigação de cautela e extrema observação no processo de tomada de decisão.

Por isso que ao início dizia-se que é conveniente dizer que a saúde não tem preço e que o direito à lutar por uma cura, por conforto ou pela própria vida não pode ser limitado por questões orçamentárias. Entretanto, na prática, cabe questionar qual a extensão desse direito de defesa das próprias necessidades, porque, no momento de se alcançar este medicamento é preciso que haja orçamento para custeá-lo. Ao conceder um medicamento desse patamar econômico, na situação atual do nosso Estado, a verdade é que diversas outras pessoas terão ceifado seu direito ao acesso à saúde. Terão essas pessoas menos valor que a postulante judicial? Sobre o tema, observem-se as considerações de Têmis Limberger:

Em um país como o Brasil, em que os direitos sociais ainda não estão assegurados para grande parte da população, a pergunta que se faz é a seguinte: fica ao alvedrio a implementação destas políticas públicas por parte do Executivo ou o Poder Judiciário pode ser um importante mecanismo de pressão, na implementação destes direitos e em que limites? Assim, exemplificativamente, referente ao direito à saúde, o que a Constituição objetiva assegurar: um tratamento caro no exterior para uma só pessoa ou o tratamento de doença epidemiológica relevante para uma parcela expressiva da sociedade? Por isso, quando está ausente ou insuficiente uma política pública, o Judiciário deve agir, mas com critérios e limites, sob pena de se cair no subjetivismo judicial, (...) pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento, porém isto é falacioso, pois os recursos orçamentários

³³ http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009 acesso em 16/02/2012.

são limitados em qualquer país, não sendo possível pretender fazer tudo a qualquer custo³⁴.

Cabe dizer que, além da questão crucial do risco que os medicamentos experimentais apresentam, já que não se sabe o que eles podem causar no organismo humano (mas mesmo assim decide-se ingeri-los), esse elevado custo dos fármacos inviabiliza que o nosso Estado possa alcançá-los a todos os doentes. Portanto, apenas algumas pessoas, em detrimento de outras acabam recebendo esta medicação, em regra, porque tiveram meios de recorrer ao Poder Judiciário. Logo, não há possibilidade de universalização desta prestação. Isso é o aspecto (in)viabilizante da globalização: enquanto a informação mais atualizada sobre a indústria farmacêutica está chegando à população, lhe possibilitando maior informação e maiores condições de “luta” por sua saúde, o ente estatal não dá conta de atender esses pedidos sem privar e penalizar uma grande parcela da população. Inevitavelmente expectativas cognitivas, e algumas vezes normativas, são frustradas. Quando o Sistema Político atende ao pleitos de pessoas que postulam medicamentos experimentais de custo elevado, viabilizando, talvez, uma nova oportunidade para esta única pessoa, o que é reflexo da globalização, inviabiliza que outras pessoas possam tratar suas enfermidades, por falta de recursos públicos.

Como os recursos são limitados não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não testado suficientemente, em prol de uma lista estatuída a partir de critérios legais e de implementação do executivo³⁵.

Com fundamentação totalmente oposta aos argumentos do Tribunal Gaúcho no caso anteriormente observado, tem-se uma decisão anterior, do ano de 2007, proferida pelo STF. Os fatos são semelhantes: postulava-se determinado medicamento experimental contra o Estado do Rio Grande do Norte, o qual tinha um valor monetário extremamente significativo, que comprometia o orçamento sanitário do ente federado. A Ministra Relatora do caso foi Ellen Gracie, que elaborou parecer que embasou uma decisão que causou grande irritação no Sistema do Direito e nas comunicações sociais,

³⁴ LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. Op. cit., p. 57 e 64.

³⁵ Id., p.65.

fomentando matérias nos meios de comunicação de massa e provocando uma audiência pública no STF. Assim se manifestou a Ministra:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, a se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, **certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo**³⁶. (grifado).

Como é possível decisões tão diferentes sobre questões tão semelhantes e que são determinadas pelo mesmo Sistema? O primeiro ponto que ocupa o debate é o fato de que isso ocorre porque o abismo existente entre Direito e “realidade” é imenso, cabendo aos julgadores o papel de equilíbrio. Será que é este o papel de um Magistrado no Estado Democrático de Direito? Em nome deste suposto equilíbrio entre norma e vida social pode-se permitir que as decisões sobre situações tão graves deixem de analisar o caso em concreto, com uma observação de universalidade desta decisão. O segundo elemento que se apresenta é que essas situações só vão se agravar com a globalização. Há um excesso de possibilidades, das mais variadas e modernas para a manutenção da saúde, que é dever do Estado, mas, até que ponto um país como o Brasil tem condições de efetivar o acesso a

³⁶ STF. (DJU 14/02/2007), SS 3073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie.

medicamentos que estão sendo garantidos na Europa e Estados Unidos? Até quando o Poder Judiciário vai fazer políticas públicas através de suas decisões?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Garantir o acesso a meios de manutenção da saúde dos brasileiro é uma obrigação do Estado, ratificada na Constituição Federal. No plano fático, o que se tem é um Sistema Político que apresenta planos de prevenção sanitária insuficientes, e a nítida intenção de fazer com que este problema deságue no Poder Judiciário. Este, por sua vez, em dado momento da história, passou a “comprar” esta demanda fazendo políticas públicas sanitárias através de suas decisões. Criou-se a judicialização da saúde que, em tempos de globalização, tornou-se incontrolável aos olhos do próprio Poder Judiciário, motivo pelo qual agora sua estrutura busca uma forma, através de pesquisas, de apurar números e pensar em alternativas para a enxurrada de ações que postulam a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde.

Com efeito, é de clareza meridiana que a globalização não traz apenas benefícios para os países em desenvolvimento, com modernidade tardia como o Brasil, mas traz também seus resultados mais nefastos. Talvez, no problema sanitário, o lapso ocorra na comunicação entre Sistemas e na falta de estrutura tanto da Saúde como do Direito em relação à questões ligadas a medicamentos. Entretanto, enquanto não se consegue superar essa limitação temporal de procedimento, a utilização de medicamentos experimentais às custas do Estado é tomada de um risco imensuravelmente grande, com o qual o Poder Judiciário não está apto a lidar.

Não há como negar que o fato de a globalização ter proporcionado que as pessoas recebam informações mais diversificadas e em curto espaço de tempo é algo que promove o desenvolvimento social. Porém, nem tudo que é comunicado é recebido pelo receptor atendendo o sentido do que foi transmitido. Mais do que isso, muitas vezes o problema ocorre quando a comunicação é recebida como foi pensado pelo transmissor. Tratando-se de medicamentos, muitas vezes a comunicação entre o marketing e o consumidor de fato é efetiva no que se refere ao que intencionalmente foi transmitido e o que se recebeu: apenas o lado maravilhoso de um medicamento recém chegado

ao mercado, que “faz verdadeiros milagres”, e é muito superior a qualquer outro. Somando este tipo de informação que geralmente não menciona nada sobre os perigos deste fármaco, mais informações lançadas por movimentos sociais no sentido de que a Constituição garante a todos o Direito à Saúde, aliado a uma população com diversas enfermidades em razão da prevenção e estrutura administrativa do Estado ineficiente, tem-se “justificado” o aumento de demandas judiciais desta natureza, que trazem em seus pedidos medicamentos que sequer chegaram ao mercado brasileiro. Como obter então este medicamento? O processo de globalização nos permite isso facilmente. Então pode-se concluir que este acesso viabiliza a efetivação do Direito à Saúde? Parece que os resultados aqui trazidos apontam que não.

Além do que foi dito, ou seja, que concedendo medicamentos de alto custo para uma pessoa que teve a oportunidade de chegar ao Poder Judiciário pode-se privar outras tantas de tratamentos básicos, há outro elemento de relevante significado. O risco. O risco contido nestas decisões (porque não se sabe quais os reais efeitos que medicamentos em fase de experimentação podem causar), talvez seja o elemento mais relevante para justificar que não se conceda, via judicial, este tipo de medicamento. Então, como um juiz pode fundamentar uma decisão que obrigue o Estado à fornecer esses medicamentos, quando nem mesmo o Sistema da Saúde decidiu se este medicamento pode ser consumido. Nos casos analisados, pode-se perceber que isso só ocorre quando a observação do julgador é falha e mira apenas a previsão constitucional de Direito à Saúde, sem considerar todos os elementos do caso concreto, em especial, a experimentalidade do fármaco e o risco desta decisão.

Resumindo: se o Brasil não tivesse ainda em fase de desenvolvimento primário no aspecto das políticas públicas (ensino, segurança, saúde, entre outras), certamente o problema não seria o valor dos medicamentos, e nem mesmo haveriam tantos pedidos de medicamentos experimentais que levam ao risco. Isso porque a Administração Pública trabalharia com prevenção e, com prevenção, escassos seriam os casos que chegariam ao Poder Judiciário para efetivar o Direito Constitucional à Saúde. Mais raras ainda seriam as mortes em corredores de hospitais na espera por atendimento. Não haveria

que se discutir sobre riscos de medicamentos que sequer são vendidos no Brasil. Não obstante, como há mais de 20 anos já constatou-se que o Estado está passando por uma crise, aliás, por diversas crises, tem-se que lidar com o risco de medicamentos experimentais vindos do exterior e com a tomada de decisão por parte do Judiciário, que não tem condições funcionais para decidir sobre isso, e, ao decidir, enfrenta um dilema e um paradoxo: como negar um medicamento extremamente caro, experimental, mas que pode ser o último recurso de um enfermo? Como decidir algo que não tem como ser decidido sem que a Anvisa decida sobre a viabilidade do medicamento mas que não pode aguardar o tempo desta decisão?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELL, Marcia. *A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos: como somos enganados e o que podemos fazer a respeito*. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

APPIO, Eduardo. *Os pobres devem pagar a conta dos ricos?* Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009 Acesso em 16/02/2012.

APPIO, Eduardo. *Um negócio de Bilhões*. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=13990 Acesso em 16/02/2012.

Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 02/11/2011.

DELMAS-MARTY, Mirelle. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. CHOUKR, Fauzi Hassan: Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

CRETELLA, José Junior. *Comentários à Constituição de 1988*. VII, Rio de Janeiro: Forense.

DURAND, Christelli. *Promoções de Saúde*. Disponível em: <http://www.prmocaodesaude.unifran.br/docs/ConstituicaodaWHO1946.pdf>. Acesso em 21/02/2012.

ENGELMANN, Wilson. *A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. IN: O Estado e suas crises. Org. MORAIS, José Luis Bolzan de.: Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de ética Médica*. 4º Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 2002.

GOUVÊA, Marcos Masseli. *O direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. Rio de Janeiro: Slaib Filho [on-line]. http://www.mp.gov.br/c/document_library/get_file?p_1_id=42535&folderId=42469&name=DLFE-32335. pdf. Consultado em 20/04/2012.

- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução: MORAIS, José Luis Bolzan de. NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2009.
- JUNGES, José Roque. *Bioética; perspectivas e desafios*. Ed. UNISINOS. São Leopoldo. 1995.
- LIMBERGER, Têmis. *Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente*. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Anuário 2008. nº5. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009.
- LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho. 4.ed. Lisboa: Passagens; Vega, 2006.
- _____. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.
- _____. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução: NASSER, Ana Cristina Arantes. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes. 2009.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. 5 ed. São Paulo: Palas Athena. 2005.
- MORAES, Voltaire de Lima. A ética do juiz na prestação jurisdicional. Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. V. 33, nº 103. Porto Alegre: AJURIS. 2006.
- O Paciente de R\$ 800 mil. Disponível em: www.revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/0-paciente-de-r-800mil.html. Acesso em: 04/05/2012.
- PICON, Paulo. Disponível em <http://www.amrigs.com.br/revista/50-2/espcremers.pdf>. Acesso em 04/01/2012.
- PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil*. Novos Estudos Jurídicos – Ano 1. nº1. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. 1995.
- ROCHA, Leonel Severo. *Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico*. STVDIA IURIDICA. 90. Universidade de Coimbra.
- _____. *Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. São Leopoldo: UNISINOS. 2009.
- _____. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria dos sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.
- _____; _____, KING, Michael. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.
- SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004.
- SPILLER, Robert M. Jr. Disponível em http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pd=S1516-41792001000100007&script=sci_arttext. Acesso em 01/01/2012.
- _____. Disponível em <http://www.revistasusp.sipi.usp.br/pdf/rdisan/v2n1/06.pdf>. Acesso em 01/01/2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Dogmática e Hermenêutica*. Cadernos de Pesquisa do Curso de Mestrado em Direito – UNISINOS, nº 2. São Leopoldo: UNISINOS. 1997.

<http://www.anvisa.gov.br/institucional/anvisa/apresentacao.htm>. Acesso em 15/01/2012.

<http://www.conjur.com.br/2009-maio-04/remedios-servicos-nao-credenciados-anvisa-motivaram-debate-stf>. Acesso em 04/02/2012.