

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

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

Diretoria - CONPEDI

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Fernando Vidal De Souza; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-317-7

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

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O III Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Saúde: segurança humana para democracia”, promoveu a terceira edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Saúde: segurança humana para democracia”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 21 artigos, que compõem os presentes anais, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber:

O primeiro artigo intitulado "(Re)leitura do teorema de colisões: uma análise da ponderação entre direitos fundamentais no contexto de grave crise sanitária", de Ana Nathalia Gomes do Nascimento Pinheiro de Sousa trata da aplicação da ponderação no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, referentes à liberdade religiosa, de um lado; e direito social à saúde, de outro, com uma releitura do Teorema de Colisões, considerando o atual contexto de surto endêmico, tudo para explicar a aplicação do princípio da proporcionalidade mitigada.

Em seguida, Bruna Piffer Bernardoni , Giovana Benedita Jaber Rossini Ramos e Galdino Luiz Ramos Junior apresentam o artigo "A interferência da globalização no princípio da dignidade da pessoa humana", no qual abordam o fenômeno da globalização no princípio da dignidade da pessoa humana, no contexto político-social, em especial as consequências da pandemia da COVID-19 e das doenças neuronais.

Depois, Maxwel Mota De Andrade, apresenta "A (in)efetividade dos direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas e o papel afirmativo do estado brasileiro", examinando a efetividade dos direitos fundamentais positivados na Constituição de um país e a crise de efetividade de tais direitos fundamentais.

O quarto artigo, intitulado "A colisão de direitos fundamentais na pandemia e o processo estrutural", Marcília Ferreira da Cunha e Castro e Rodrigo de Castro Alves analisam se o processo estrutural é instrumento relevante para julgamento de casos em que há tal colisão dos direitos fundamentais, em especial durante a pandemia atual.

Na sequência Flavia Piva Almeida Leite e Maria Cristina Teixeira apresentam o artigo "A educação para a cidadania e os objetivos para o desenvolvimento sustentável", no qual examinam a educação para a cidadania em sua relação com os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), aspectos da vida social indissociáveis, fundamentais para o desenvolvimento da sociedade contemporânea, conforme as disposições da Constituição e Tratados e Convenções Internacionais que abordam estes assuntos.

O sexto artigo de Juliana Kryssia Lopes Maia, Natalia Oliveira de Abreu e Milena Zampieri Sellmann, nominado "A garantia fundamental do direito à moradia nas favelas brasileiras em época de pandemia" aborda o conceito de moradia digna e adequada como direito fundamental, previsto na Constituição Federal Brasileira, diante das mazelas causadas pela Pandemia do coronavírus.

"Fosfoetanolamina, a cura do câncer? Pfizer, Astrazenica, Janssen e covid-19 entre o direito a vida e o direito de tentar" de Márcio José Alves De Sousa examina o medo da morte e a proteção do direito à saúde e o direito à vida, diante da fiscalização da Anvisa.

Na sequência, Yuri Nathan da Costa Lannes, Tais Ramos e Phelipe Marcelo Berretta Iaderoza em "Home Care e planos de saúde privados: a efetividade das decisões procedentes no estado de São Paulo" se dedicam a analisar o tratamento home care, verificando quais são os fundamentos para o seu deferimento e quais medidas devem ser tomadas para o cumprimento de referidas decisões.

No nono artigo, "O acesso à justiça e a tutela coletiva para efetivação dos direitos fundamentais dos idosos", Luana Pedrosa De Figueiredo Cruz e Alexandre Junio de Oliveira Machado analisam a necessidade de garantia dos direitos fundamentais dos idosos, através do acesso à justiça e da tutela coletiva.

Na sequência, Rubia Carla Goedert e Ana Luiza Baniski, em "O direito à saúde e os aspectos da judicialização da saúde antes e durante a pandemia do coronavírus" estudam a competência, a distribuição orçamentária do direito à saúde e a sua efetividade diante do cenário da pandemia do coronavírus.

Ato contínuo, José Sebastião de Oliveira e Anara Rebeca Ciscoto Yoshioka, apresentam o artigo "O encarceramento feminino no Brasil e o impacto da pandemia do covid-19 nos direitos reprodutivos e da personalidade da detenta brasileira", no qual estudam os direitos da mulher detenta grávida, lactante e mãe de crianças de até 12 anos, diante dos dispositivos existentes nas legislações nacionais e internacionais, bem como o impacto da pandemia do COVID-19 nos direitos reprodutivos dessas mulheres.

Logo depois, Carlos Rafael da Silva, no artigo "O Estado e os benefícios sociais" apresenta uma análise dos direitos fundamentais, da previdência social, da saúde e da assistência social, como mecanismo de contribuição distributiva e solidária de proteção à pessoa humana.

No décimo terceiro artigo, Renata Botelho Dutra, apresenta "O PAILI e as medidas de segurança: humanização da loucura como exercício para a democracia" cujo objeto principal é a pesquisa do louco infrator, seu comportamento, o envolvimento familiar no tratamento e a participação da sociedade no seu processo de reconhecimento e reinserção enquanto sujeitos de direito do Estado democrático.

Em "Pandemia a disruptividade do século XXI", Katia Daltro Costa Knoblauch e Fernanda Daltro Costa Knoblauch examinam a pandemia do Coronavírus, de maneira multidisciplinarmente, bem como seus efeitos colaterais ocasionados por políticas neoliberais até então adotadas e o contexto da "erosão das fronteiras", que permite melhor compreensão das possibilidades e limites de proteção no âmbito da saúde.

Depois, Bianca Bonadiman Abrão e Carolina Penteado Gerace Bouix, no artigo "Pandemia da covid-19 no estado democrático de direito: breve análise do direito à vida e a saúde versus o direito a liberdade de locomoção frente às restrições governamentais" refletem sobre as restrições impostas pela Administração Pública em suas esferas no combate à pandemia da Covid-19 sob a égide do (des)respeito ao Estado Democrático de Direito e a relação paradoxal da preservação do direito à liberdade de locomoção versus os direitos a vida e à saúde.

Na sequência, Wendelaine Cristina Correia de Andrade Oliveira e Maria Andreia Lemos apresentam o artigo "Política nacional de Educação na perspectiva inclusiva: análise da

decisão de suspensão de eficácia do decreto federal n.º 10.502/2020" e examinam aspectos da Política Nacional de Educação Especial e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante do mencionado decreto, bem como os fundamentos jurídicos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.590.

O décimo sétimo artigo "Preceitos essenciais do ordenamento jurídico brasileiro na sociedade da informação" de Emerson Penha Malheiro estuda as noções de Direitos Fundamentais e os conceitos que tornem exequível a sua análise no ordenamento jurídico brasileiro na sociedade da informação, por meio análise dos princípios elementares e da inserção de normas protetivas no sistema jurídico nacional, avaliando sua validade e aceitação internas.

Depois, Mário Luiz Silva com o artigo "Princípio da igualdade em sua acepção material como fundamento do estado de bem estar social" examina a busca de justiça a todos os indivíduos e a figura do Estado abstencionista que permite a criação de abissais desigualdades sociais e o Estado de Bem Estar Social, como forma de mitigar as desigualdades criadas pelo Estado Liberal.

Outrossim, Murilo Tanaka Munhoz apresenta a "Relação entre discurso de ódio, fake news e a dignidade humana em tempos atuais", um estudo sobre o discurso de ódio e as fake news, contrastando com os direitos fundamentais.

Em "Tributo: a função social e o desenvolvimento como liberdade", Daisy Rafaela da Silva e Natalia Oliveira de Abreu tratam da função social do tributo e sua importância para que se busque a redução da desigualdade social, a partir do pensamento do economista Amartya Sen.

Por fim, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz e Gustavo Henrique Maia Garcia apresentam o artigo "Tutela coletiva da saúde: reserva do possível e a escassez de recursos na pandemia de covid-19", no qual analisam a concretização do direito fundamental à saúde em um quadro pandêmico grave, com escassez de recursos financeiros, insumos médicos e de recursos humanos, ao lado do dever estatal de coordenar planos contingenciais do Sistema Único de Saúde.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2021.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação da presente apresentação, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Desejamos uma boa leitura aos estimados leitores.

Organizadores:

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza – Universidade Nove de Julho (UNINOVE)

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas-Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

**FOSFOETANOLAMINA, A CURA DO CÂNCER ? PFIZER, ASTRAZENICA,
JANSSEN E COVID-19 ENTRE O DIREITO A VIDA E O DIREITO DE TENTAR.**

**PHOSPHOETHANOLAMINE, CANCER CURE? PFIZER, ASTRAZENICA,
JANSSEN AND COVID-19 BETWEEN THE RIGHT TO LIFE AND THE RIGHT TO
TRY**

Márcio José Alves De Sousa

Resumo

A vida, o bem mais precioso, messianicamente professado no Novo Testamento: “eu vim para que tenham vida, e a tenham com abundância.” (João 10, 10), o Direito Fundamental, no caput do art.5º da Constituição de 1988, deve ser respeitado, por traduzir-se na Dignidade da Pessoa Humana . O câncer e agora a covid-19 amedrontam pelo seu diagnóstico, por medo da morte. É possível proteger o direito a saúde e o direito a vida mitigando a fiscalização da anvisa?. Trabalho bibliográfico, método hipotético-dedutivo e pesquisa documental.

Palavras-chave: Vida, Saúde, Dignidade da pessoa humana, Cancer, Covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

Life, the most precious good, Messianically professed in the New Testament: "I came that they might have life, and have it abundantly." (João 10, 10), the Fundamental Right, in the caput of article 5 of the 1988 Constitution, must be respected, as it translates into the Dignity of the Human Person. Cancer and now covid-19 are frightened by its diagnosis, for fear of death. Is it possible to protect the right to health and the right to life by mitigating the inspection of anvisa ?. Bibliographic work, hypothetical-deductive method and documentary research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Life, Health, Dignity of human person, Cancer, Covid-19

1.INTRODUÇÃO

De definição nada fácil, a vida, bem mor, do qual deriva todos os demais bens e direitos, não se restringe, apenas, ao biológico, mas, por exemplo, a bioética, que enxerga a vida como aquela composta de elementos espirituais, intelectivos e morais.

A vida é tão cultuada, que o medo, a violação e a sua perda, levam seus adeptos a perseguirem meios para afastar, tudo aquilo que lhe ponha em perigo. A proteção a vida não ocorrer por si só, metas, planos de ação devem ser traçados, num sentido mais preventivo frente aos males que causam a violação a esse bem tão precioso.

A morte, a irmã siamesa da vida, obtêm o seu intento, pelos mais diversos caminhos, dentre eles, as doenças são as mais usuais. Contudo, a sanha pela vida, persegue as mais diversas saídas, com fim mor de vê-se livre desse fantasma, que acompanha todo ser vivente.

Durante vários momentos da História, a humanidade, foi assolada por diversas doenças, que vitimaram milhares de pessoas e, por medo de perder a vida, curas foram perseguidas e algumas delas encontradas.

A Peste negra, é um exemplo de epidemia que matou cerca de 1/3 da população que habitava o continente europeu em meados do século XIV, a tuberculose, a cólera, sarampo, a AIDS, malária, vitimaram milhares de pessoas, pois até então, a ciência não havia obtido a cura para seus males e, ainda, não obteve de outras tantas, a exemplo da AIDS e o Câncer.

O Câncer, por exemplo, tem sido um dos males do século, amedrontando, todo aquele que assim é diagnosticado, como que se assinasse uma sentença de morte. Contudo, estudos iniciados no começo dos anos 90, apontam uma possível cura do câncer, por meio de uma droga, a Fosfoetanolamina, desenvolvida no Brasil, em São Carlos/SP, pelo professor Gilberto Orivaldo Chierice, no Instituto de Química de São Paulo, mais precisamente nos laboratórios da Universidade de São Paulo.

Igual situação encontra-se o mundo com o panorama da pandemia do Covid-19, que desestruturou absolutamente todas as atividades e matizes, causando uma crise econômica, sanitária, mudanças nas relações consumeristas, educativas, do trabalho, ambiental, sem precedentes, solapando e pondo em cheque a vida que se vivia, os extremos que se viveram e as consequências que tudo isso trouxe ao porvir em sociedade.

No que pertine a fosfoetanolamina, contudo, por tratar-se de substância ainda experimental, não é livremente utilizada em tratamento do câncer, posto que não existe comprovação científica, clínica, que ateste sua eficácia ou mesmo sua toxicidade (efeitos colaterais), tendo em vista que a droga é enviada aos pacientes sem rotulação e bula.

O mesmo ocorreu com as vacinas proposta e apresentadas ao mundo pelas maiores empresas farmacêuticas do mundo, que, em tempo abreviado buscaram suas licenças junto aos órgãos de fiscalização de medicamentos em todo o mundo e aqui no Brasil, por meio da Anvisa.

Entretanto, precariedade de testes a parte, muitos pacientes portadores do câncer, Covid-19, sobretudo aqueles em estágio terminal, buscam o Poder Judiciário pleiteando autorização para utilizarem a droga, supostamente, “curativa do câncer”, o que tem gerado diversas discussões na mídia, na Associação Médica Brasileira, no Conselho Nacional de Medicina, no Governo Federal e no próprio Poder Judiciário.

Por força do art.12 da Lei 6.360/76, toda medicação e produtos químicos em geral, devem ter seu uso autorizado pela Anvisa (Agência Nacional de vigilância Sanitária), órgão regulador responsável pelo controle e cumprimento da referida Lei, devendo também ser registrado no Ministério da Saúde. Todavia, a fosfoetanolamina, que aparentemente ajuda na luta contra o câncer, não possui a anuência da Anvisa, o que impossibilita a comercialização do medicamento e o seu uso, que só é franqueado aos pacientes que obtiverem, por decisão judicial, uma ordem de autorização para o uso da droga em seu tratamento.

A discussão sobre o uso da fosfoetanolamina gira em torno, não apenas do seu uso sem a prévia anuência da Anvisa, mas na preterição do tratamento usual feito aos pacientes portadores do câncer, qual seja: a intervenção cirúrgica ou quimioterápica.

A questão foi tão polêmica, que o Governo Federal, na gestão Dilma, conjuntamente com o Congresso Nacional, passando por cima da Lei 6.360/76, aprovando, e a presidente sancionando, criou a Lei 13.269, de 13 de Abril de 2016, que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

Contudo, em 19 de Maio de 2016, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 5501, manejada pela Associação dos Médicos do Brasil (AMB), por 6 votos a 4, deferiu liminar, suspendendo a Lei 13.269/16, impedindo a autorização do uso da “pílula do câncer”. No mesmo julgamento, os Ministros mantiveram suspensas decisões judiciais que obrigavam o Governo a fornecer a droga.

Porém, até que ponto o direito a vida, e a saúde, ou os meios assecuratórios, devem ser preservados, tendo em vista que eles não são absolutos ? E quais as consequências que decorrem desse comportamento ? Trata-se da proteção a saúde, ou do direito de tentar ? Esse são os desafios que se busca elucidar.

2. DO DIREITO À SAÚDE

Falar em direito à saúde é também falar do direito à vida, direitos esses fundamentais, que também compõem o direito a Dignidade da Pessoa Humana. É o nascimento com vida que inaugura a condição humana efetiva e é o direito à vida o primeiro direito de qualquer pessoa, sendo tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio e em atos internacionais, na Constituição e nas leis infraconstitucionais.

O direito à saúde, corolário do direito à vida, é tão fundamental, que está umbilicalmente ligado ao direito à vida, tendo como panorama central a dignidade da pessoa humana, que ocupa posição nuclear na Carta Magna.

O art.6º da Constituição Federal assim consagra o direito à saúde:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (destaque nosso)

É asseverado, em redação específica, na Magna Carta, que a saúde, como imposição ao Estado, deve buscar medidas para a sua potencialização, por meio da prevenção das doenças que atentem contra a saúde da população, é o que prefacia a Constituição no seguinte artigo:

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

A doutrina aponta duas posições dos direitos sociais, sobretudo ao que se refere a saúde, como direito social que é. Tais posições de destaque são:

A dificuldade de sua implementação decorre da exigência de prestações materiais e jurídicas por parte do Estado (caráter positivo) no sentido de reduzir as desigualdades no plano fático, o que acaba se refletindo na sua efetividade, estreitamente ligada aos recursos orçamentários de que este dispõe (reserva do possível). (NOVELINO, 2007, p. 156)

Ainda, em relação ao caráter positivo dos direitos sociais, incentiva-se um Estado dirigente/prestacionista para implementar tais direitos e o caráter negativo, no sentido do Estado, ou terceiros, abster-se de praticar atos que prejudiquem terceiros, como a seguir se explica:

“[...] os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos),

partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares.” (SARLET, 2008, p.6)

Portanto, o direito a saúde é um direito fundamental, posto decorrer do direito social e da dignidade da pessoa humana, sendo, assim, uma norma constitucional de eficácia plena, leia-se: produz todos os seus efeitos relativamente aos interesses, que o legislador constituinte quis regular.

Vale pontuar que a dignidade da pessoa humana, na Constituição de 88, não foi incluído nos rol dos direitos fundamentais, mas na condição de princípio fundamental, conforme previsto no art.1º, inciso-III da Constituição de 88, senão vejamos:

[...] a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como o “alfa e omega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2001.p.81/82)

Respeitar os direitos fundamentais e respeitar a dignidade da pessoa humana, é um só movimento. No caso da fosfoetanolamina, a discussão gira em saber se, realmente, existe uma proteção a saúde e a vida de milhares de pacientes com câncer, ou, apenas, o exercício do direito de tentar, posto que, como alhures mencionado, a droga é experimental, não existe, ainda, comprovação científica de que a mesma promove a cura do câncer.

Levando em consideração tudo que até então foi prescrito, ficou consignada a importância da saúde, como um direito fundamental, prestacional primordial, consagrado pelo constituinte, exercível contra o Estado, devendo promovê-lo à população, por força do texto constitucional e leis infraconstitucionais, pois a saúde é serviço público de primeira necessidade que deve sempre ter preferência do gestor público, mas no caso da pílula contra o câncer, tais preceitos prestacionais do Estado devem clinicamente ser analisados.

Seria o caso do Estado promover pesquisas no sentido de, primeiro, analisar a real eficácia da fosfoetanolamina, ao invés, de, por meio do Poder Judiciário, conceder uma droga,

que, momentaneamente, vende uma fantasia, um sonho? Em contrapartida, os pacientes de câncer, em especial os terminais, estariam em condições de aguardar, ainda mais, pesquisas mais precisas sobre a pílula do câncer? Existe, portanto, um visível conflito de direitos, que precisam ser analisados.

A concessão deste medicamento, para a sociedade médica, é temerosa, porque, autorizar, sem o aval da Anvisa e do Ministério da Saúde, o uso e a comercialização da fosfoetanolamina pode causar efeitos colaterais ainda desconhecidos, preterindo o tratamento usual do câncer, podendo gerar um agravamento no estado de saúde de quem já está combalido. Sem falar nos interesses dos laboratórios por trás de toda essa situação.

A Lei 13.269, de 13 de Abril de 2016, autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, passando por cima da Lei 6.360, de 23 de Setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária dos medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, dentre outros produtos.

Portanto, é ainda muito cedo e temerário, liberar o uso desta droga, sem a aprovação dos órgãos competentes, e sem a realizar de todos os testes científicos. Desta forma, conceder, seja por meio de uma Lei, ou pelo Poder Judiciário, a autorização para uso de um medicamento, que sequer, ainda, se comprovou (e não se sabe se comprovará) sua eficácia na luta contra o câncer, não é garantir o direito à saúde, ao revés, é autorizar o direito de escolha de tratamento, qual seja: o alternativo em detrimento do tradicional.

3 ATIVISMO JUDICIAL

Referido fenômeno, se faz sentir nos Tribunais Superiores, e está intimamente enlaçado na história dos EUA, bem como de sua Suprema Corte. No Brasil, não é diferente, o Supremo Tribunal Federal, tem exercido, em alguma de suas decisões, Ativismo Judicial, sofrendo inúmeras críticas, por entender alguns, que há ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, previsto no art.2º da Constituição Federal de 88, em contrapartida, outros autores defendem que o Ativismo Judicial deve existir, quando o que está em jogo é a efetivação dos direitos fundamentais, contudo, ressaltam, que se houver um conflito entre direitos, o Judiciário, no caso concreto, deve avaliar qual direito deve prevalecer.

O art.140 da Lei 13.105, de 16 de Março de 2015, o Novo Código de Processo Civil, leciona que o Juiz, quando provocado (princípio da inércia), não pode eximir-se de julgar, por ausência de previsão legal, em consequência, também, do Princípio da Inafastabilidade jurisdicional (art.5º, XXXV da Constituição Federal de 1988).

No art.368 do Novo Código de Processo Civil, que traduz o Princípio da Persuasão Racional, o Juiz deve considerar as provas, mas as aprecia de forma livre, motivando suas decisões (art.93, IX da CF/88). Contudo, o exercício da jurisdição não se restringe apenas a pôr termo aos conflitos de interesses, mas efetivar direitos fundamentais, senão vejamos Marinoni¹: “Por isso não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.”.

Teria, portanto, o Poder Judiciário, diante de toda essa febre sobre a “pílula do Câncer”, legitimidade de atuação, que, a um primeiro olhar, seria uma legitimidade das políticas públicas voltadas a saúde ? Vale pontuar, que é dever do Estado, garantir políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos, como leciona o art.196 da Carta Cidadã de 88, contudo, é também legítimo ao Judiciário a efetivação dos Direitos Fundamentais, pelo conceito atual de Jurisdição, mencionado alhures, e do Princípio da inafastabilidade jurisdicional, lido por alguns como acesso à Justiça (art.5º, XXXV da CF/88).

É peculiar do governo brasileiro, tomar providências de implementação de políticas públicas, depois e não antes, dos problemas, principalmente, os de saúde, que são a tônica em debate. Mostra-se flagrante tal comportamento nas epidemias e endemias como a Dengue, Chicungunha, Zica Vírus e tantos outros males, de igual forma em relação a doenças como o câncer.

O Poder Judiciário pode, e deve, assegurar fornecimento de medicamentos aos cidadãos que dele necessitem, contudo, deve sopesar as consequências (e até, algumas vezes, interesses escusos), não concedendo, de forma indiscriminada, muitas vezes, a ordem para que o poder público adquira medicamentos ainda não reconhecidos como eficazes pela comunidade científica brasileira e com custos que ultrapassam até mesmo a capacidade orçamentária de determinados órgãos públicos.

Em relação as políticas públicas, fala-se, inclusive, em síndrome da inefetividade das normas constitucionais, em especial os Direitos Fundamentais, posto que as políticas públicas e os projetos de governo apresentados, sem falar na crise política, ética, institucionalizada, tem sido ineficazes no trato da coisa pública e no suprimento das necessidades coletivas.

Contudo, a Constituição de 1988, trouxe suas luzes, nesse processo de redemocratização e precisa ser efetivada, precisa ser cumprida. Em decorrência desse novo paradigma é

¹ MARINONI, 2008, p.46.

imperioso que o Estado cumpra com esse novo modelo, nas palavras de Barroso²: “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito.” Entretanto, a ingerência dos demais poderes (legislativo e executivo), resulta na postura de interpretação proativa do Poder Judiciário em questões, que, geralmente, deveriam ser resolvidas por outros poderes.

Portanto, quando o Judiciário resolve questão, que, a um primeiro olhar, seria de outro poder, não está, necessariamente, sendo ativista, mas cumprindo o mandamento constitucional de dizer o direito, mas, acima de tudo, fazendo cumprir e efetivando Direitos Fundamentais. Sendo assim, não é meramente decidindo tais questões que o Poder Judiciário torna-se ativista, ao revés, o que acusa tal postura, é a forma como desempenha a sua função no caso concreto, sendo condizente ou não com o que lhe fora posto.

Sobre o tema explica Barroso:

“A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (Barroso, 2008, p. 6).

No que pertine ao ponto três, faz-se necessário esclarecer, que o Poder Judiciário, sendo provocado, tendo uma postura limite, naquilo que lhe cabe, com lastro legal, no sentido de assegurar a efetivação dos Direitos Fundamentais, não pratica Ativismo Judicial, mesmo que se trate de conduta imposta ao Poder Público, desde que, o que esteja em jogo seja a efetivação de Direitos Fundamentais.

Contudo, adentremos na seguinte questão: o Poder Judiciário, especificamente no caso da Fosfoetanolamina, praticou Ativismo Judicial, ao conceder a autorização de uso da droga, ainda não testada ? Dois pontos precisam ser analisados: primeiro, nem a Anvisa, nem o Ministério da Saúde, autorizariam, nem registrariam, respectivamente, uma droga, sem que, cientificamente a mesma fosse, comprovadamente eficaz, isso, inclusive, por força da Lei 6.360/76. Muito menos ainda o Poder Judiciário, em algumas decisões, seria capaz de fazê-lo, mas o fez, portanto, neste ponto praticou Ativismo. Segundo, não poderia o Poder Executivo, de igual forma, aprovado e publicado a Lei 13.269/16, criada em Abril de 2016, autorizando, sem qualquer respaldo científico e legal, o uso da pílula do câncer, e, neste ponto, agiu bem o

² BARROSO, 2008. p.3.

Supremo Tribunal Federal, suspendendo referida lei por meio da ADI 5501, manejada pela Associação dos Médicos do Brasil.

Diante dessas ponderações e, já buscando responder a pergunta formulada alhures, o Supremo Tribunal Federal praticou Ativismo Judicial, no momento em que concedeu autorização de uso da Fosfoetanolamina, sem a devida comprovação dos efeitos ativos da droga, a despeito do fundamento de muitos na preservação do bem da vida, leia-se: não houve tal proteção, tendo em vista a eficácia não comprovada da droga.

No entanto, muitos adeptos, no afã de buscar meios alternativos de cura do câncer, uniram forças no sentido de criar um movimento, oriundo dos Estados Unidos, para fundar seus anseios na teoria do “Right to Try”, ou seja, no “direito de tentar” e nessa perspectiva renova-se a indagação formulada acima: estaria o Supremo Tribunal Federal, flagrantemente, praticando Ativismos Judicial, ao conceder autorização ao uso da Fosfoetanolamina, com fundamento no direito de tentar? É o que se verá adiante.

4 DO DIREITO DE TENTAR

O “Right to try”, o direito de tentar, é um movimento que busca permitir o uso de drogas experimentais aos doentes terminais nos EUA. Esse movimento, foi percebido em relação a outras doenças, inclusive, com campanhas encampadas no Senado Federal, como, por exemplo, em relação a ELA (Esclerose Lateral Amiotrófica)³, ocorridos no ano de 2015

O Direito de tentar, como novo movimento encampado no Estado do Arizona, Estados Unidos, através de advogados e de estudiosos do Instituto Goldwater, criaram uma legislação direcionada a pacientes terminais, permitindo o uso de drogas experimentais para o câncer e doenças degenerativas mais cedo:

O projeto visa superar a objeção habitual para a disponibilização de tais drogas experimentais devido a segurança. Na lei "direito de tentar," só as drogas que passaram pela **FASE I** dos testes cruciais do FDA poderiam ser prescritas, reduzindo assim a possibilidade de casos como a da Talidomida. Em segundo lugar, apenas os pacientes terminais seriam elegíveis para a compra dos medicamentos, tornando mais difícil que a droga venha comprometer suas vidas. (MELO, 2015. p.1)

No Brasil, em 2015, a Senadora Ana Amélia, através de sua consultoria legislativa, avalia a possibilidade do Brasil ter Leis no sentido de conferir acesso a medicamentos a doentes terminais.

³ Doença do sistema nervoso que enfraquece os músculos e afeta a função motora.

Atualmente a Consultoria Legislativa da Senadora Ana Amélia está avaliando o melhor caminho para que o Brasil possa ter leis mais consistentes em relação ao acesso precoce de novas drogas em Fase III de pesquisa para pacientes de doenças graves e raras, quando para este paciente não houver mais nenhuma alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados;

Segundo relatou a citada Consultoria Legislativa, “com relação ao acesso de pacientes que sofrem de doenças graves a medicamentos experimentais, devemos informar que existe norma infralegal que regula essa matéria. Trata-se da **Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 38, de 12 de agosto de 2013**, da Anvisa, que *aprova o regulamento para os programas de acesso expandido, uso compassivo e fornecimento de medicamento pós-estudo*. Essa norma trata justamente do acesso a medicamentos novos, experimentais, ainda não registrados no País, assegurando esse acesso por meio de três mecanismos – acesso expandido; uso compassivo; e acesso pós-estudo –, que são assim definidos na RDC da seguinte forma: VIII-**programa de acesso expandido**: Programa de disponibilização de medicamento novo, promissor, **ainda sem registro na Anvisa ou não disponível comercialmente no país, que esteja em estudo de fase III em desenvolvimento ou concluído**, destinado a um grupo de pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados; X-**programa de uso compassivo**: Disponibilização de medicamento novo promissor, para uso pessoal de pacientes e não participantes de programa de acesso expandido ou de pesquisa clínica, **ainda sem registro na Anvisa, que esteja em processo de desenvolvimento clínico**, destinado a pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida e sem alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados no país; [*grifos nossos*]” Segundo observou ainda a Consultoria Legislativa da Sen. Ana Amélia, “**como o acesso expandido e o uso compassivo estão previstos apenas no arcabouço normativo infralegal**, caso a Senadora julgue pertinente dar *status* de lei a esses mecanismos de acesso a medicamentos experimentais, **caberia a apresentação de projeto de lei com esse objetivo.**” Com toda certeza os pacientes de ELA, familiares, cuidadores e profissionais da saúde, todos temos um grande interesse em dar continuidade a essa discussão, até porque, no que depender do Ministério da Saúde e do Conitec, nós pacientes continuaremos mais alguns anos apenas com o Riluzol como tratamento de primeira linha para a ELA. Temos o direito a vida. Queremos o “DIREITO DE TENTAR”. (MELO, 2015, p.2/3)

Ocorre que, no caso da Fosfoetanolamina, os estudos ainda estão em fase inicial, não existe teste em humanos, e não se sabe a real eficácia do medicamento e dos efeitos colaterais, o que torna temerária a autorização para o seu uso, sem falar que o seu uso, pretere o tratamento tradicional, o que pode agravar o estado de saúde do paciente. Fatalmente, foi essa a visão do Supremo Tribunal Federal, ao conceder, liminarmente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), manejada pela Associação Médica Brasileira (AMB), a suspensão da Lei 13.269/2016, bem como suspenderam decisões liminares de outros

processos que concediam a autorização de uso da droga.

Entre as pesquisas sobre as doenças e o uso de medicamento obtidos por meio delas, existe uma distância a ser levada em consideração, não foi outro o entendimento do voto do Ministro Marco Aurélio, ao explanar, em seu voto, a opinião do doutor e professor associado do Departamento de Cirurgia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Raul Cutait, em artigo publicado na Folha de São Paulo:

Em relação ao câncer, existe um enorme contingente de cientistas e médicos que despendem tempo e esforços na contínua busca de melhores tratamentos. Os resultados são palpáveis, uma vez que hoje 60% dos casos de câncer podem ser curados, desde que tratados de forma apropriada. Esses animadores resultados se devem, em grande parte, à incorporação na prática clínica de novas drogas, as quais, para serem liberadas pelos órgãos responsáveis, passam por um rigoroso ritual de avaliação, no qual se define, para cada uma delas, o impacto em diferentes tumores, as doses mais eficazes, os efeitos colaterais e, finalmente, a eficácia quando comparadas com os melhores esquemas terapêuticos. Essa sequência de avaliações baseia-se em rigorosa metodologia científica, amparada por métodos estatísticos muitas vezes extremamente sofisticados, de modo a tornar críveis os resultados obtidos. Para se ter ideia da complexidade do processo de avaliação de qualquer medicamento, basta atentar para os números do National Cancer Institute dos Estados Unidos. Mais de US\$ 5 bilhões são investidos anualmente em pesquisas, especialmente em novos medicamentos contra o câncer, mas pouquíssimos são autorizados para uso clínico. A consistente metodologia científica é a melhor garantia de que as pessoas não serão enganadas por tratamentos pouco ou nada eficazes, bem como de que os recursos econômicos, intelectuais e de atendimento não serão desperdiçados. No Brasil, vive-se hoje uma situação ímpar. A substância química fosfoetanolamina ganhou legalmente o status de medicamento que pode ser usado contra o câncer, acredito eu que em função da vontade de nossos legisladores e do Poder Executivo de ajudar pacientes que buscam alternativas para as doenças. Eis, portanto, uma história bastante repetida ao longo do tempo: centenas de tratamentos oferecidos com promessas indevidas em função de desconhecimento científico, má-fé ou mesmo escusos motivos financeiros. E por trás de todo esse processo, sempre ela, a esperança! Aprendi de forma definitiva com meu primeiro paciente de câncer, logo ao término de minha residência em cirurgia, que a esperança é parte ativa de qualquer tratamento, desde o mais eficaz até aquele com menor probabilidade de agir. Todavia, aprendi também, ao longo de minha vida profissional, cuidando de milhares de pacientes com câncer, que não se deve oferecer nada a ninguém sem o devido substrato científico. (MELLO, 2016, p.7-8)

Nas decisões judiciais, em diversos estados do país, em que o Poder Judiciário autorizou o uso da fosfoetanolamina, não há, exercício do direito de escolha democrática, mas de exercício de um voluntarismo jurídico que não se coaduna com o Estado democrático de Direito. Portanto, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição que é,

respeitou o direito a vida e a Dignidade da Pessoa Humana ao decidir, na liminar concedida na ADI 5501, momentaneamente, desta forma, principalmente, diante de tantas evidências que afasta, no momento, o uso desta droga, mas essa matéria, ainda, gerará muita discussão, pois, afinal, essa decisão é temporária e exigirá do Excelso Tribunal a participação de Amicus Curiae (amigo da corte), para melhor fundamentar os julgadores, nessa matéria ainda tão polêmica.

5 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Insculpido no art.1º, inciso-III da Constituição Federal de 1988, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, esteio nuclear da Carta Magna, não poderia deixar de ser debatido na discussão do uso ou não da Fosfoetanolamina, em respeito ao direito a vida e a saúde, ambos Direitos Fundamentais.

Falar em Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana, guarda flagrante relação dentro da Constituição:

[...] a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana como o “alfa e o omega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2006, p.81/82)

E não poderia ser diferente, pois a Constituição, como a Lei Fundamental, ratifica essa relação, traçando este vínculo sadio, em contrapartida, em sabendo desse profícuo diálogo, afinal, qual a concepção de Dignidade mais adotada ? Ingo responde essa pergunta assim explicando:

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana. [...] Assim, poder-se-á afirmar – apenas para não deixar intocado este ponto – que tanto o pensamento de Kant quanto todas as concepções que sustentam ser a dignidade atributo exclusivo da pessoa humana- encontram-se, ao menos em tese, sujeitas à crítica de um excessivo antropocentrismo, notadamente naquilo em que sustentam que a pessoa humana, em função de sua racionalidade, ocupa lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos. (SARLET, 2006, p.34/35)

Portanto, é em Kant que a concepção de Dignidade da Pessoa Humana guarda seus pensamentos, principalmente, na ideia de que se trate a pessoa como um fim e não como um meio:

Apesar do vocábulo humanidade ser proveniente do latim (ele é uma tradução do conceito grego paideia), apenas com os modernos é que ele passa a designar a natureza racional do homem enquanto dotada de um valor intrínseco. Filosoficamente, esse significado aparece claramente na segunda formulação do imperativo categórico de Kant: Aja de tal maneira que tu trates a humanidade (Menschheit), tanto em tua pessoa como na pessoa dos demais, sempre como um fim e nunca apenas como meio. (RABENHORST, 2001, P.14)

Sem falar que, cuja proteção não se restringe, apenas e tão somente, a pessoa humana, mas a todos os seres vivos, como o meio ambiente, por exemplo:

[...] sempre haverá, como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e vida humana com dignidade. (SARLET, 2006, p.35)

Neste sentido, arremata Ingo sobre a concepção kantiana de dignidade da pessoa humana:

De qualquer modo, incensurável, isto sim, [...] é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano. (SARLET, 2006, p.35)

Sabendo que, a concepção de dignidade da pessoa humana, adotada pela doutrina pátria e alienígena, é aquela apontada por Kant e que tal concepção não se restringe apenas a pessoa, mas a todo ser vivente, ou recurso natural, ainda assim, a concepção de dignidade da pessoa humana não é de fácil constatação, senão vejamos:

[...] não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje. Tal dificuldade [...]

decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua “ambiguidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa. [...] dignidade da pessoa [...] não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade [...] passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa. (SARLET, 2006, p.38/39)

Portanto, apesar das luzes de Kant, uma concepção de dignidade da pessoa humana, com fim de facilitar o seu âmbito de proteção, não é tarefa fácil, mas, nem por isso, será interdito para a sua proteção, ou mesmo, sua busca. No entanto, onde cabe a discussão sobre dignidade da pessoa humana no uso ou não da fosfoetanolamina sintética ? O cerne da questão orbita em saber, se o uso de tal droga protege o direito a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana, ou, ainda, se o Supremo Tribunal Federal, ao conceder a autorização de uso, protege o direito a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana, num flagrante ativismo judicial.

A proteção a saúde, e conseqüentemente a vida, do paciente é um direito fundamental, sua proteção implica, em também proteger, a dignidade da pessoa humana, pois a pessoa é fim em si mesma, mas, conceder a autorização de droga, ainda em fase experimental, não é proteger a vida, é proteger o direito de tentar, que, no caso em comento, é temerário, pois ainda não se sabe, sequer os efeitos colaterais, preterindo o tratamento tradicional, o que resultará num agravamento no estado de saúde do paciente.

A proteção a direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana são pedras de toque, função nuclear, mas não de forma desmedida, desarrazoada, a qualquer preço. Neste norte, o respeito a dignidade da pessoa humana, no caso da pílula do câncer, foi atendido, a partir do momento que o Supremo Tribunal Federal, suspendeu a Lei 13.269/16, bem como as liminares concedidas em outros processos, pois, neste caso, o pretório excelso, ponderou os direitos num flagrante respeito a vida, a saúde e ao tratamento tradicional que prolonga, a duras penas, a vida dos pacientes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida, como bem maior, deve ser protegida, contudo, no caso do câncer, de forma

eficaz, com técnica comprovada e certificada, através de testes aceitos pela comunidade científica, avalizada por órgãos competentes como a Anvisa e o Ministério da Saúde, e não de forma desmedida.

Clama-se, que realmente, por meios de estudos e testes científicos, se comprove e se encontre, a droga certa e eficaz no tratamento do câncer, que ano a ano atinge tantas vítimas, seja ela a Fosfoetanolamina sintética, ou qualquer outro nome que se defina, mas que isso aconteça de forma crível, eficaz e prolongue a vida de tantos pacientes.

O Ativismo Judicial, diante do estado néscio dos poderes legislativo e executivo, é um mal necessário, quando o que está em jogo é a efetividade dos Direitos e Garantias Fundamentais, por óbvio, com os limites e ponderações legais.

A descoberta da Fosfoetanolamina sintética, lança luzes no caminho em busca da cura do câncer, mas, ainda, prematuro o seu uso, em respeito a Lei (6360/76), a ciência, a razão, a prudência, a vida, mas a esperança, essa sempre estará presente e, envidará esforços na pesquisa em prol da cura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Planalto. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28.08.2016.

BRASIL. Planalto. Lei 6.360, de 23 de Setembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm. Acesso em: 28.08.2016.

BRASIL. Planalto. Lei 13.269, de 13 de Abril de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13269.htm. Acesso em: 28.08.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>. Acesso em: 28.08.2016.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade Jurisdicional, Políticas Públicas e Orçamento. Constituição e Estado Social – os obstáculos para a concretização da constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Ed. Coimbra, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2014.

CORRÊA, Joel Rodrigues. Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho e o contexto da Sociedade da Informação. Editora Nelpa. 2013. p. 112-141. Disponível em V/Lex: <http://app.vlex.com/#WW/vid/556769326>.

DANTAS, Carolina. Fosfoetanolamina Reduz tumor de Camundongo em Novo Teste. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/06/pilula-do-cancer-reduz-tumor-de-camundongo-em-novo-teste.html>. Acesso em: 28.08.2016.10h10

DANTAS, Carolina. Novo Teste com Fosfoetanolamina aponta Baixa Eficácia contra o Câncer. Disponível em: <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/06/novos-teste-com-fosfoetanolamina-aponta-baixa-eficacia-contracancer.html>. Acesso em: 28.08.2016. 11h36.

MELO, Antônio Jorge de. Falando sobre ELA. Blog de divulgação de assuntos relacionados a Esclerose Lateral Amiotrófica. Disponível em: <http://falandosobreela.blogspot.com.br/2015/11/o-direito-de-tentar.html>. Acesso em: 27.08.16

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo. V. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 156.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática, Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre-RS, 2006.p.26-83.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 26.08.16.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.