

1- Considerações introdutórias

Os direitos sociais surgiram a partir do Século XX com a revolução industrial e tem como finalidade precípua reduzir as desigualdades fáticas existentes, assim como buscar proteger os hipossuficientes e marginalizados. A sua implementação, portanto, é um instrumento de combate à pobreza.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) enumera, em seu artigo 6º, um extenso rol de direitos sociais, quais sejam, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, da mesma maneira que assevera a assistência aos desamparados.

Sem dúvida, a CRFB trouxe consideráveis avanços no campo dos direitos sociais em seu texto, porém a eficácia e efetividade destes é um tema que ainda gera muitas controvérsias. A maioria dos direitos sociais estão em normas de eficácia limitada e precisam de concretização pela via legislativa ou administrativa.

Emerge daí uma problemática. Enquanto existe uma Constituição extremamente avançada, que garante expressivos progressos no âmbito dos direitos sociais, a grande maioria da população brasileira vive em condições precárias, tornando o combate à pobreza uma busca de um ideal que não se materializa.

No texto constitucional, encontramos a presença de normas programáticas que requerem políticas necessárias à concretização dos fins nelas indicados. A eficácia destas normas depende dos recursos públicos disponíveis e de atuação do legislativo e do executivo.

O Estado deve implementar políticas sociais, a fim de assegurar o efetivo gozo destes direitos. É que os direitos fundamentais sociais, na maioria das situações, precisam de prestações materiais, advindas do Poder Público. O fornecimento de medicamentos, por sua vez, aparece como um instrumento para se combater à pobreza, na medida em que concretiza o Direito à saúde para pessoas que buscam algum tipo de cura e não conseguem desembolsar a quantia necessária para tanto.

Neste contexto, surge a seguinte situação: se não há alguma implementação dos direitos sociais pelos Poderes Legislativo e Executivo, é possível a implantação de políticas públicas pelo Judiciário? O Judiciário é o Poder para deferir o fornecimento de medicamentos?

De início, convém assinalar que não me filio às linhas doutrinárias que tentam transformar o Judiciário em órgão revisor de todas as decisões políticas, encarregando-o de traçar políticas que envolvem a escolha de prioridades a serem atendidas pela receita disponível em detrimento de outras.

Todavia, não deixo de perceber que tal procedimento justifica-se e é possível quando o direito judicialmente reivindicado, que esteja a depender de alguma política pública, seja de tal magnitude que demonstre a necessidade de prevalecer sobre qualquer outro. Assim, o Judiciário poderá atuar de forma excepcional. Por exemplo, quando se reivindica judicialmente, direta ou indiretamente, o direito à vida é possível se valer de meios processuais, inclusive fazendo uso de tutelas de urgência, mas, mesmo nestes casos, haverá exceções. O Brasil, atualmente, não tem como arcar com todas as necessidades de seus cidadãos.

Mesmo na proteção da vida, sempre haverá o argumento de que a aplicação de recursos exige o remanejamento, capaz de contingenciar verbas aplicáveis em necessidades maiores. Sendo assim, a atuação do Judiciário só deve ocorrer quando não haja uma aplicação correta da lei orçamentária, quando as escolhas políticas sejam totalmente e evidentemente desproporcionais ou nas situações de urgência, em que o direito a vida esteja em risco.

Não se pode alimentar a ilusão de que o Judiciário seja a grande solução para as mazelas sociais de um país. Mostra-se evidente que as possibilidades de atuação do Direito sobre a realidade social, a fim de transformá-la de forma positiva, embora existam e devam ser exploradas, nunca terão a mesma intensidade das realizadas no plano governamental e político (REIS, 2003, p. 261).

Feitas essas considerações, analisa-se, pois, a concessão de medicamentos pelo Judiciário realizada, como mecanismo de combate à pobreza, através de demandas que não demonstram o custo-benefício do fármaco. Uma pesquisa qualitativa gerou esse artigo, fruto de um projeto desenvolvido por instituição de ensino superior privada, vinculando pesquisadores dos Cursos de Direito, Medicina e Farmácia, coordenado pela autora.

2- A supremacia e a efetivação da norma constitucional

A Constituição da República de 1988 foi marco indelével para grandes mudanças no sistema jurídico brasileiro como um todo, consagrando novos valores jurídicos, passando a

imprimir maior respeito e prestígio à dignidade da pessoa humana (CRFB, art.1º, III), como princípio fundamental. Neste prumo, o legislador passou a tutelar direitos e garantias individuais e sociais, com o claro escopo de conferir às pessoas condições mínimas para uma vida digna.

Na visão de Clèmerson Merlin Clève, emergiu no Brasil, a partir de então, uma interessante doutrina, identificada como “dogmática constitucional da efetividade”. O compromisso precípua não era propriamente de ordem teórica, mas, sim, de ordem política, porquanto as mensagens para o discurso constitucional eram: “a Constituição vincula”, “a Constituição vale”, “a Constituição incide”. Tratava-se, pois, de apostar nas virtualidades dirigentes do novo texto constitucional e de irradiar a ordem jurídica com valores plasmados no documento constitucional (BONAVIDES, 2006, p. 36).¹

Neste sentido, a hierarquia normativa da Constituição é imperativo incondicional no sistema jurídico brasileiro, devendo-lhe obediência, formal e material, todos os demais diplomas normativos, sob pena de inconstitucionalidade, com o seu conseqüente expurgo do sistema jurídico.

O pressuposto da superioridade hierárquica encontra fundamento em duas proposições do constitucionalismo clássico, a saber, na distinção entre poder constituinte e poder constituído, e no princípio da rigidez constitucional, que impõe, conseqüentemente, uma superioridade material e formal das normas constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 257).

Foi o abade Sieyès que, no século XVIII, trouxe a reflexão sobre poder constituinte e poder constituído, em sua monografia sobre o Terceiro Estado. A partir de então, surgiram as constituições rígidas e o dogma de uma soberania, formadas com a limitação do poder por instrumentos constitucionais (BONAVIDES, 2004, p. 145).

Note-se que a Constituição formal apareceu como uma alavanca do poder constituinte naquele momento histórico, para fixar limites ao poder político e estabelecer liberdades e direitos.

¹ No tocante ao processo civil, não há mais como se entender o processo sem se ter, pelo menos, a noção do que seja o arcabouço constitucional vigente, para empreender uma releitura adequada da legislação infraconstitucional recepcionada ou não pela ordem jurídica constitucional. Sendo assim, estão sendo reinterpretados diversos conceitos processuais, prazos e até a própria idéia de processo. Pode-se visualizar o processo enquanto relação jurídica entre pessoas, idéia preconizada pelo alemão Oskar Bulow, aperfeiçoado por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Liebman, Alredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Nelson Nery e outros, que empregam a idéia da “Instrumentalidade do Processo”, no qual o processo é instrumento para o exercício da jurisdição. Já a escola mineira, capitaneada pelo professor José Alfredo de Oliveira Baracho, entende o processo como instituição constitucionalizada e metodologia garantidora dos direitos fundamentais e busca subsídios teóricos nos princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa), na legalidade e na Supremacia da Constituição.

Com o passar do tempo, a ideia de supremacia da Constituição ganhou força, tornando-se conceito funcional para a manutenção do ordenamento jurídico. Deste modo, as Constituições rígidas passaram a impor uma supremacia material e formal para quase todos os países que se valem do *civil law*.²

Interessante observar que, de acordo com o escalonamento do ordenamento jurídico estabelecido por Kelsen (1991, p. 103), as normas da ordem jurídica possuem uma hierarquia, com base em um escalonamento composto por diferentes degraus de normas jurídicas. A expressão visual dessa ideia se dá através de uma pirâmide geométrica, sendo que no ápice está a Constituição.

Nesse sentido, como bem expôs Canotilho (2003, p. 1151), a ordem jurídica se estrutura em termos verticais, de forma escalonada, onde a Constituição encontra-se no vértice da pirâmide, atuando como fonte de outras normas. No seu conjunto, a ordem jurídica é uma derivação normativa, a partir da norma hierarquicamente superior e, mesmo pela possibilidade de criação pelas instâncias inferiores, o que se faz é para se concretizar a norma superior.

Em quadro sintético, nenhum ato jurídico pode existir validamente em contrariedade com a Constituição. Efetivamente, as normas anteriores e contrárias ao novo comando constitucional devem ser declaradas nulas e extirpadas do ordenamento jurídico.

De outra parte, não pode o legislador ordinário deturpar, burlar ou prejudicar o sentido e alcance da norma constitucional. Sabe-se que o legislador constituinte reservou ao âmbito infraconstitucional a complementação de algumas normas constitucionais ditas de eficácia limitada – terminologia de José Afonso da Silva (1998). Tal atividade, entretanto, está limitada pela Supremacia Constitucional.³

É que a referida supremacia restaria comprometida caso não existisse um sistema capaz de garanti-la e, conseqüentemente, manter a superioridade da força normativa da Lei Maior, afastando toda e qualquer antinomia que possa agredir as normas (regras e princípios) constitucionais. Nesse contexto, manifesta-se a importância do controle de constitucionalidade,

² A doutrina distingue a supremacia material da supremacia formal. Esta consiste no fato de a Constituição ditar a forma que uma lei (atos normativos inferiores) deve ser criada, enquanto que aquela diz respeito à subordinação do ordenamento jurídico aos princípios e regras da Constituição (BONAVIDES, 2004, p. 296/297).

³ Uma importante decorrência deste princípio é o controle de constitucionalidade, que visa a garantir que a Constituição fique no ápice do ordenamento jurídico nacional e nenhuma norma jurídica pode contrariá-la, material ou formalmente, sob pena de advir uma inconstitucionalidade.

uma vez que é ele o mecanismo eleito para garantir a supremacia, delineada pelo próprio texto constitucional.⁴

Todavia, considerando o histórico desprezo dos intérpretes e aplicadores do direito à norma constitucional, avulta a importância de realçar a necessidade de efetivação de tais normas, ou seja, contemporaneamente, releva emprestar real efetividade à Constituição Federal, impedindo que caia no vazio abstrato ideológico (HESSE, 1991).

De todo modo, a noção de supremacia é característica da própria Constituição, desde que a superioridade normativa implique a ideia de uma norma fundamental, cujo valor jurídico atue como pressuposto de validade da ordem jurídica estabelecida pelo Estado. Logo, a Constituição goza do atributo da supremacia em face de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

Luís Roberto Barroso (2003), percebendo a necessidade de pregar a efetividade das normas constitucionais, assevera que:

a verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvésemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade – ou não – de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.

⁴ No Brasil, a autocomposição (transação, renúncia e reconhecimento) e mediação são equivalentes jurisdicionais, que podem ser utilizados para solucionar litígios, de forma mais rápida inclusive. A arbitragem foi equiparada à jurisdição, com a Lei 9.307/96, uma vez que a sentença arbitral é título executivo judicial. Todavia, não é popularmente difundida, na maioria das vezes é usada, apenas, por grandes empresas ou multinacionais.

Assim, é possível afirmar, não sem razão, que a CRFB promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da *cidadania* como elemento propulsor.⁵

No regime ditatorial anterior, a Constituição não organizava o Estado, em face dos atos institucionais, em que se destacou o de nº 5, regulamentador da censura, sequestro, cárcere oficioso e a tortura. Pairava a insinceridade normativa, pois o texto constitucional assegurava alguns direitos fundamentais do homem, mas nada foi efetivado. Ao revés, houve uma concentração significativa de renda em detrimento da efetivação dos chamados direitos sociais. Assim, a proteção constitucional do cidadão perante o Estado era algo frágil, marginalizando os direitos previstos na Constituição (AMARAL, 2006, p. 10).

Efetivamente, pode-se afirmar que, com a Constituição de 1988, o constitucionalismo engajado teve lugar. O resgate da força imperativa do texto constitucional e sua interpretação à luz de boa dogmática jurídica se afirmaram em um país acostumado a maltratar as suas instituições (AMARAL, 2006, p. 10).

Dessa supremacia, detectam-se como conseqüências: *a*) a necessidade de releitura dos conceitos e institutos jurídicos clássicos (na esfera processual, as normas processuais devem se mostrar condizentes para implementar o Direito material), *b*) a elaboração e o desenvolvimento de novas categorias jurídicas (não mais neutras e indiferentes, como no exemplo, o conceito do juiz atuante, duração razoável do processo) e *c*) a interação estreita entre os diferentes campos do conhecimento (reconhecendo a necessidade de uma visão multidisciplinar do Direito, buscando amparo e inspiração na Psicologia, na Antropologia, na Filosofia, na História, na Sociologia, etc).

Enfim, o papel unificador do sistema jurídico, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos, quanto noutros temas de relevância pública, é desempenhado pela norma constitucional (PERLINGIERI, 1997, p. 6).

Como conseqüência lógica, vê-se que ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes aos aspectos processuais para o texto constitucional, assumindo a Constituição um verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar, inclusive, os limites dos diversos ramos do Direito.

⁵ Observa-se, pois, diversas normas constitucionais que preveem a participação política direta do cidadão na vida da sua sociedade. Podem-se citar: direito de petição aos Poderes Públicos (art. 5º, XXXIV, “a”), mandado de injunção (art. 5º, LXXI), ação popular (art. 5º, LXXIII), sufrágio (art. 14, *caput*), plebiscito (art. 14, I), referendo (art. 14, II), iniciativa popular (art. 14, III), participação de 6 cidadãos no Conselho da República (art. 89, VII), participação de 2 cidadãos no Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XII), entre tantas outras normas.

Dúvida inexistente, pois, que o Direito Constitucional se afastou de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado, para avizinhar-se das necessidades humanas reais. Trata-se, sem dúvida, da afirmação de uma nova e fecunda teoria constitucional.

3- Liminares para garantir fármacos: o Judiciário interferindo no direito à saúde

Na história da maioria dos países ocidentais, ao longo dos anos, a função jurisdicional acompanhou o Estado liberal, mínimo e abstencionista, que garantia apenas o direito à vida, à propriedade e à liberdade de expressão, passando por diversas renovações.

Experimentou-se o *Welfare State*, assegurador de direitos sociais à saúde, à educação e à cultura. Viu-se nascer o Estado Neoliberal, afirmando os direitos coletivos e difusos e hoje se vive uma nova dimensão dos direitos fundamentais, onde a globalização traz o perigo à vida humana digna e, também, assevera o Direito ao pluralismo, à democracia, informação e bio-ética (BONAVIDES, 2010, p. 565).

Na realidade brasileira, onde não se vivenciou efetivamente o estado de bem-estar social na sua forma mais completa e séria, as mazelas sociais aumentaram ao longo dos anos, mesmo diante das garantias constitucionais. Observa-se que pobreza não é uma situação apenas de uma região ou outra, pelo contrário, todas as cidades do país possuem pessoas em situações de pobreza e miséria.

Em tom de desabafo, observa-se a poesia em música de Caetano Veloso e Gilberto Gil. Veja-se:

Ninguém, ninguém é cidadão
Se você for a festa do pelô, e se você não for
Pense no Haiti, reze pelo Haiti
O Haiti é aqui
O Haiti não é aqui

Já na visão de Streck (2003, p. 62-63), o que houve foi um simulacro de modernidade e não um estado social, por isso o Brasil é um monumento à negligência social. Hoje, forças políticas se confrontam com diferentes concepções de reforma, o que gera a impossibilidade de se organizar

politicamente, o que produz a miséria e a exclusão produzidas de modo desorganizado e desigual tanto globalmente quanto nos contextos sociais.

Destarte, no tocante aos direitos sociais, a maior parte depende de uma prestação do Estado, como ocorre com o fornecimento de medicamentos. A ineficácia desses direitos não se deve, na maioria dos casos, à omissão legislativa, mas à não-prestação real dos serviços básicos pelo Poder Público, ou seja, o problema encontra-se na implementação, formulação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos do orçamento estatal. (KRELL, 2002, p. 58).

O Brasil possui uma Política Nacional de Medicamentos com o escopo de promover assistência à saúde da população. Para tanto, através do Sistema Único de Saúde (SUS), o Estado disponibiliza diversos fármacos através de políticas públicas.

A partir das diretrizes apontadas pelo Ministério da Saúde, caberá à União, Estados e Municípios criar uma relação de medicamentos, respeitando as necessidades de sua população, bem como o orçamento destinado à saúde. Observa-se que ao gestor federal cabe a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), e ao município caberá, a partir dessa relação, e em consonância com o perfil das doenças que acometem a população, definir a relação municipal de medicamentos (REMUNE).

Com efeito, a busca por um Estado social afeta diretamente o Judiciário. Não há como negar que, as metas imputadas ao Estado pela Constituição, vinculam a atuação do Poder Judiciário. José de Albuquerque Rocha (1995) afirma que:

a Constituição se configura, assim, não só como uma norma de organização das instituições e garantidoras dos direitos, mas, também, como um sistema de valores a serem realizados pelos poderes públicos, em especial, pelo Judiciário.

Segundo a Teoria do Estado Social, o Poder Público tem o dever de transpor as liberdades da constituição para a realidade constitucional. Na vida moderna, regida pela tecnologia e a indústria, a prestação dos serviços públicos se torna cada vez mais importante para o exercício dos

direitos sociais, tais como escolas, hospitais, eventos culturais, comunicações, fornecimento de energia, água e transportes (KRELL, 2002, p. 60).⁶

Ademais, sabe-se que a independência e a autonomia de cada Poder de Estado não é absoluta, estando sujeitas a interferências com vista à garantia da realização do bem comum. É o que se chama de sistema de freios e contrapesos. Os Poderes controlam-se entre si a fim de evitar o arbítrio e o abuso de poder.

O Judiciário, visto como Poder, não se subordina ao Executivo ou ao Legislativo. Não é servil, no sentido de aplicar a lei, como alguém que cumpre uma ordem. Impõe-se-lhe interpretar a lei conforme o Direito. Adotar posição crítica frente aos demais poderes, tomando como parâmetro os princípios e a realidade social.

Na visão de Canotilho (2003, p. 559), as funções materiais de um órgão não podem esvaziar a do outro, para que não seja sacrificado o núcleo essencial protegido pela constituição.

A Constituição de 1988 introduziu importantes inovações no âmbito da participação do Poder Judiciário no Estado. Os juristas acreditam que a participação da ativa do terceiro poder é imprescindível em um Estado Social que busca combater a pobreza. Ao juiz não caberia mais julgar o certo e o errado com base na lei, esse deveria assumir um papel no exame do exercício discricionário do Poder Legislativo, de modo a garantir a eficácia na implementação dos direitos sociais. Tornou-se imprescindível a releitura da separação dos poderes diante da realidade, cada vez mais, de juizes ativistas.

Neste prumo, a sociedade provoca o Judiciário, trazendo diversas lides, que tem como solução uma prestação social. Não é exceção ver tais direitos serem implementados por meio de tutela antecipada, uma vez que se afirmam urgentes e não foram prestados pelo Executivo ou carecem de normas.

Não se pode olvidar, entretanto, a existência de dois pressupostos, que geralmente são opostos: o da segurança jurídica, que exige um lapso temporal razoável para a maturação dos *decisus*, e o da efetividade, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (CRUZ E TUCCI, 1997, p. 66). É por meio do equilíbrio destes dois regramentos (segurança/celeridade), que emergirão as melhores condições para a adequada realização da prestação jurisdicional.

⁶KRELL, op. cit. p. 60.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que é possível a concessão de medicamentos por meio de liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias, sem qualquer análise do orçamento público e sem parâmetros sobre a eficácia dos medicamentos. Se a situação ensejar uma tutela antecipada e seus requisitos forem demonstrados, a concessão é feita

O Direito à Saúde previsto nos arts. 6º e 196 da Constituição Federal são fundamentos para o deferimento de tais medidas. O debate, por sua vez, é levado ao STF por meio de diversas vias, tal como a suspensão de segurança, a suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar com vistas a suspender a execução de medidas que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde – como fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da Saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamento fora do domicílio e inclusive no exterior, entre outros. O STF tem ratificado, ao longo dos anos, o seguinte entendimento:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no CF 196 – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima, o cumprimento do seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

(BRASIL, STF, 2ª T, AgRE 273834-4-RS, rel. Min.Celso de Mello, v.u, 31.10.2000).

Autorizando as diversas pretensões na seara da saúde, o Poder Judiciário afirma que é dever do Estado prestar assistência necessária aos que necessitam de medicamentos imprescindíveis à sua saúde, quando estes não podem provê-los, a fim de auxiliar no combate à

pobreza. Assim, o Judiciário tem usualmente viabilizado medicamentos aos que não tem recursos financeiros suficientes para o seu pagamento.

Neste passo, são concedidas, em todos os Estados do país, decisões condenando o Estado ao pagamento de diversos medicamentos para tratamento de saúde, por via de liminares em Mandados de Segurança e ações ordinárias, independentemente de seu custo para a máquina estatal e sem avaliar a eficiência dos medicamentos para o combate da doença.

No Estado do Rio Grande do Norte, o deferimento de liminares concedendo medicamentos foi tão considerável, que chegou a inviabilizar o próprio orçamento em determinado ano. A partir do colapso, o próprio Estado teve que providenciar mecanismos de gestão mais eficientes para o fornecimento de medicamentos. Veja-se os precedentes do próprio TJRN:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO PELO ESTADO. HUMIRA. OBRIGATORIEDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA.

- A Constituição Federal e a Estadual erigem a saúde como um direito de todos e dever do Estado, nos seus arts.196 e 125, respectivamente, devendo, assim, o Poder Público, em quaisquer de suas esferas de governo, assegurar a todas as pessoas desprovidas de recursos financeiros, o acesso a medicamentos imprescindíveis a cura de suas patologias, provendo todos meios para garantir a sua efetividade.

(MS nº 2005.005184-4, Pleno, rel. Des. Aécio Marinho, v.u, j. 23.11.05).

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE OBTENÇÃO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DE DOENÇA HEPÁTICA GRAVE, COM SEQÜELAS COMO CEGUEIRA EM AMBOS OS OLHOS, MACROADENOMA

HIPOFISÁRIO, HEMATOMA SUBDURAL E LESÃO ISQUÊMICA. DIREITO À VIDA E A SAÚDE ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.I

- É direito de todos e dever do Estado assegurar aos cidadãos a saúde, adotando políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e permitindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, constituindo obrigação inarredável do Estado assegurá-lo, independentemente de qualquer vinculação do necessitado a sistema de seguridade social, na forma do disposto nos arts. 5º, “caput”, 6º, 196 e 203, da Constituição Federal, porquanto a vida e a saúde constituem a fonte fundamental e primeira de todos os outros bens jurídicos. II - Em obediência a tais princípios constitucionais, cumpre ao Estado, através do seu órgão competente, fornecer medicamentos indispensáveis ao tratamento de pessoa portadora de moléstia grave, mormente se o cidadão demonstra não dispor mais de meios para adquiri-lo sem sacrificar seu sustento e da sua família. III - Segurança concedida”. (MS 2004.004395-3, rel. Cristovam Praxedes, Pleno, v.u, j. 09.03.05, DOE de 08.04.2005).

Observa-se dos precedentes que, mesmo quando os medicamentos não constam no rol da Portaria nº 507/99 do Ministério da Saúde, que relaciona os remédios essenciais a serem fornecidos pelo Estado, também ocorre a concessão de medidas liminares. Para tanto, basta demonstrar a necessidade de tratamento, com medicamentos de uso contínuo, e a impossibilidade de a parte arcar com as despesas, em razão de sua precária situação financeira.

Neste caso, vê-se que há uma intervenção direta do Judiciário nas políticas públicas. Essa situação é passível de críticas, pois se sabe que o Estado não tem condições de arcar com todos os tratamentos de saúde, sem comprometer a alocação de recursos.

Daí, cai-se na idéia de reserva do possível, que apesar de não ser aceita como entendimento perfeito em todas as situações, tem-se como uma contingência, uma vez que o direito subjetivo de alguém demandar em júízo para garantir o acesso aos medicamentos é

primordial para evitar a negligência do próprio Estado. Entretanto, a partir do pressuposto de que qualquer reivindicação de medicamento deve ser atendida em qualquer situação, muitas vezes garantido medicamentos sem eficácia, é bastante problemática para a sociedade.

4- Doenças predominantes na população de baixa renda

O Brasil sempre possuiu diversas riquezas naturais, no entanto, a distribuição dessa riqueza, historicamente deu-se de forma desigual, desde o processo de colonização até atualidade. As alterações econômicas, mediante desenvolvimento do sistema capitalista, trouxeram consigo um retrocesso na área social, caracterizado principalmente, pela pobreza e desigualdade social da maior parcela da população.

A condição de vida da população mais pobre reverbera no seu processo e estado de saúde, já que as péssimas condições de habitação, alimentação e acesso a programas de saúde, esta diretamente relacionada ao desenvolvimento de inúmeras doenças. Além disso, as circunstâncias em que vive tal população vai de encontro ao desenvolvimento da saúde, tal como definida pela Organização Mundial da Saúde.

Algumas patologias podem ser destacadas como reflexo da pobreza, tais como a doença de Chagas, tuberculose, esquistossomose, dengue, leptospirose, doenças diarreicas e gastrointestinais, entre outras. Todas essas patologias são problemas de saúde pública que precisam ser combatidas, sobretudo, pelo índice de morbimortalidade trazido por elas (DIAS, 2007).

Atrelado a este cenário propício ao desenvolvimento dessas enfermidades, o Brasil depara-se com outro agravante, o negligenciamento dessas doenças, uma vez a indústria farmacêutica e os laboratórios não tem interesse em investimento para produção e desenvolvimento de exames, medicamentos e vacinas, no intuito de ameniza a morbimortalidade trazidas por essas doenças.

No que se refere a doenças de Chagas, trata-se de uma patologia de característica rural, devido, principalmente a forma de habitação em casas de taipa, o que facilita a proliferação do inseto vetor – *Trypanosoma cruzi*, que habita 18 países nas Américas do Norte e Sul. Na Bahia, algumas cidades interioranas são endêmicas para esta doença, à saber, São Felipe, Conceição do Almeida, Castro Alves. Como as condições de habitação precária, não se

restringe apenas, a regiões no interior do estado, na capital, podemos destacar o bairro de São Bartolomeu na Cidade Baixa como local endêmico para essa enfermidade.

No alerta de BRAUNWALD (2013), “Cerca de 20.000 pessoas morrem anualmente devido a doença de Chagas, 16 a 18 milhões de pessoas estão infectadas e 100 milhões estão sob o risco de contrair a infecção”

Além da mortalidade, sobretudo em decorrência das complicações por acometimento cardiovascular, a doença de Chagas apresenta um alto grau de morbidade. Tal condição além de acarretar problemas psicossociais para o paciente gera custos em dose dupla para o Estado, seja na área de saúde, seja na previdência social, já que, muitos pacientes tornam-se incapacitados para desenvolver suas atividades trabalhistas.

Se tratando da leptospirose, a grande dificuldade de intervenções perpassa, sobretudo pelo desconhecimento da população das formas de contaminação e transmissão da doença. Tais intervenções estão diretamente relacionadas a melhoria das condições de saneamento básico, principalmente dos moradores de áreas periféricas – onde estão em sua maioria, vulneráveis, por conviverem com esgoto a céu aberto, depósitos de lixo próximos a residências, além de reservatórios de animais peridomiciliar.

Dessa forma, o investimento em saneamento básico, é um custo-benefício que deve ser efetivado pelo poder público, uma vez que, através dessa melhoria, muitas doenças podem ser evitadas. Ocorre que, a discussão sobre a alocação de recursos para esse tipo de política pública não é, em geral, levada ao Poder Judiciário. O Judiciário tem sido responsável por ofertar medicamentos aos já doentes em grande escala, enquanto que os investimentos para a prevenção de doenças não têm sido sequer discutidos nas ações.

4- À guisa de conclusão

É certo que a definição de políticas públicas, em princípio, cabe ao legislador e ao administrador, que foram eleitos para esta finalidade. O Poder Judiciário só pode intervir em casos de extrema necessidade.

Na prática, o Judiciário, por sua vez, vem implementando direitos sociais, quando provocado pelas partes, inclusive por meio de antecipação de tutela, uma vez que os direitos sociais veiculados nas lides trazem uma situação de urgência.

Não se pode olvidar que o acionamento do Poder Judiciário para garantir a efetividade do direito, seja para assegurar os remédios, tratamentos de saúde e outras questões sociais, é uma prática que o Poder Executivo deveria prevenir. Para tanto, deveria realizar, de fato, a atribuição que a Constituição expressamente lhe outorga, como uma opção prioritária do Estado brasileiro.

Na visão de Gustavo Amaral (2001), o Judiciário assumiu uma postura mais ativa e desvinculada das questões puramente políticas. Numa condição equidistante fez-se "tábula rasa" do bloqueio de recursos e limitação das aberrações dos Poderes Executivo e Legislativo. Deu-se a este poder a sensação que autor chamou de "campeão de cidadania".

Tal posicionamento conduz necessariamente à conclusão que o Judiciário também se encontra em um momento de evolução, no chamado Estado Democrático de Direito. Uma transição que faz dele não somente um mero expectador, mas "um agente efetivo do processo de produção do direito" sem limites.

A solução de pendências individuais ou setorizadas na área de saúde não deveria ser regra, mas recurso extremo, que resulta na fragmentação das políticas públicas, quando deveria ser dirigida no sentido de se atingir uma política geral de desenvolvimento e combate à pobreza.

Infelizmente, diante da ineficiência das políticas públicas realizadas, o Judiciário, cada vez mais, tem sido uma tábua de salvação de alguns cidadãos que, através de ações, concretizam seus interesses individuais. As conseqüências desta atuação, só o futuro próximo dirá, mas, já se visualiza uma ditadura do Poder Judiciário no Brasil e a fragilidade da própria democracia.

A maior parte da população brasileira depende hoje do SUS para aquisição do tratamento farmacológico. As estratégias atuais que visam uma distribuição e conscientização para uma terapêutica eficaz ainda não são suficientes. Em um cenário de desigualdade, em que alguns conseguem o medicamento pela via judicial e outros não conseguem sequer levar a sua demanda, evidencia a falha do Estado em garantir os direitos fundamentais em relação à saúde previstos na constituição.

Dessa forma a execução das políticas de assistência farmacêutica deve ser urgentemente revista, a fim de considerar as necessidades da população para que a aplicabilidade se torne efetiva e as desigualdades sejam atenuadas e de fato possa se sair da tentativa de combate à pobreza para um efetivo combate.

Referências

- AKEL FILHO, Diomar. **Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública**. São Paulo:RT 657/59.
- ALVIM, Arruda e ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). **Tutelas de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARAL, Gustavo. **Direito e escassez**. São Paulo: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. Et alii. **Constituição de democracia. Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRAUNWALD, E. **Tratado de Doenças Cardiovasculares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil - Vol. I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- _____. **Vol. II**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATTO, Fábio Konder. **As novas funções judiciais do estado moderno**. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, n° 37,1987.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DIAS, João Carlos Pinto. **Globalização, iniquidade e doença de Chagas**. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2007, vol.23, suppl.1, pp.S13-S22. ISSN 1678-4464. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2007001300003>.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.
- DIDIER JR. (Org). **Leituras complementares de processo civil**. Salvador: JusPodium, 2005.
- _____. **Direito processual civil**. Salvador: JusPodium, 2005
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRIEDE, Reis. **Aspectos fundamentais das medidas liminares**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

KRELL, Andreas J. – **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 2005.

MARCATO, Antônio Carlos. (Coord). **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme **Tutela antecipatória e julgamento antecipado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o Controle do Estado**. São Paulo: Renovar, 2003.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alii*. **Curso avançado de processo civil, vol. 1**. São Paulo: RT, 2001.