

Acesso a medicamentos: questões polêmicas sob a perspectiva da interpretação, aplicação do direito e o ativismo judicial

Giseli Valezi Raymundo

Mestranda em Direito – PUC/PR.

Curitiba – PR [Brasil]

falegigi@yahoo.com.br

▼ Demandas judiciais, por meio das quais se requer o fornecimento gratuito de medicamentos, multiplicam-se, e o Poder Judiciário, reiteradamente, tem proferido decisões em que avalia determinados parâmetros (questões controvertidas), que surgiram de forma natural das teses expostas em juízo, julgando procedentes ou não os pedidos que exigem o acesso, sem qualquer custo, aos fármacos. Este trabalho, à luz das teorias que tratam do ativismo judicial em meio à interpretação e à aplicação do direito, analisará as principais questões polêmicas que têm sido apreciadas nos tribunais pátrios, para contribuir com o debate existente atualmente sobre o tema.

Palavras-chave: Acesso a medicamentos. Ativismo judicial. Direitos sociais.

1 Introdução

O acesso a medicamentos cada vez mais tem sido tema de debates controvertidos, especialmente em relação ao ativismo judicial e à pretensa atuação política do Poder Judiciário que poderia estar afrontando os princípios democráticos e da separação de poderes, em razão de a ação jurisdicional substituir a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo. Considerando que esse assunto repercute na interpretação e aplicação do direito, serão apresentados ao longo deste trabalho os principais referenciais teóricos que analisam o tema, para que se chegue à conclusão sobre ser possível ou não a intervenção “política” do Poder Judiciário e, em sendo, quais são os seus limites para que se evitem abusos.

A partir das conclusões decorrentes da abordagem teórica sobre o problema, serão analisadas as principais questões polêmicas pertinentes ao acesso a medicamentos, levando-se em consideração os efetivos entraves que os pacientes enfrentam ao buscarem os fármacos de que necessitam no Sistema Único de Saúde (SUS).

No Brasil, permanece o grave problema social causado pela falta de adequada assistência farmacêutica, que leva milhares de pessoas à morte e não afeta apenas as classes com renda inferior. Há tratamentos de altíssimo custo – certos tipos de câncer, que demandam medicação semanal, cujas ampolas custam, cada uma, cerca de 30 mil reais – que nem mesmo os mais abastados financeiramente terão condições de custeá-los por muito tempo.

Outro fator que demonstra a relevância dessa discussão decorre do fato de que as questões controvertidas a serem analisadas serão objeto de debate no Supremo Tribunal Federal.

Recentemente, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, tornou notória a convocação para audiência pública, a ser realizada no final de abril de 2009, cujo objetivo é reunir técnicos que pos-

sam esclarecer questões relacionadas às prestações públicas de saúde. O acesso a medicamentos é uma delas.

A necessidade da realização da referida audiência decorre das muitas demandas envolvendo o tema. Em razão da repercussão geral e do interesse público pertinente que esse assunto desperta, a Corte Suprema estabeleceu tópicos a serem discutidos, designados como “questões polêmicas”, expressão que será utilizada ao longo da exposição¹.

Ao final, serão apresentadas as reflexões sobre qual é a melhor maneira de interpretar e aplicar o direito no que diz respeito às principais questões polêmicas postas.

2 Interpretação, aplicação do direito e o ativismo judicial

Atualmente, há grande tensão entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, em razão de os juízes terem de se manifestar sobre questões que envolvem decisões políticas.

A atuação “política” do Poder Judiciário decorre tanto da falta de instrumentos normativos que permitam a efetivação de direitos, em razão da inércia do Poder Legislativo, quanto da omissão do Poder Executivo em concretizar políticas públicas aptas a preservar e fomentar direitos.

Diversas espécies de prestações estatais são afetadas pela carência de decisões políticas, mas o não atendimento às necessidades de implementação dos direitos fundamentais tem consequências acentuadamente mais catastróficas.

Assim, ao apreciar hipóteses em que há omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário, em se tratando de direitos fundamentais, representa, para o cidadão, o veículo apropriado para que a interpretação e a aplicação do direito transformem a realidade social, por apresentar a solução para os problemas decorrentes da omissão estatal.

É preciso questionar, contudo, se a interpretação e a aplicação do direito, decorrentes do papel ativo do juiz, são legítimas, sob o ponto de vista do regime democrático e da separação de poderes. Para tanto, deve-se compreender o significado de cada uma dessas expressões para chegar a uma conclusão concreta acerca do tema.

O ponto de partida para a reflexão posta é a constatação de que, da diversidade existente na sociedade contemporânea, surge um grande número de conflitos e demandas, uma vez que há diferentes concepções sobre os direitos e garantias fundamentais. Essa realidade faz com que sejam tomadas medidas legislativas, executivas e jurisdicionais como respostas aos conflitos existentes, o que interfere na interpretação e aplicação do direito, pois há que se analisar, sob nova perspectiva, a relação existente entre direitos, justiça e democracia.

A nova forma de olhar o problema parte do principal óbice que se põe à atuação política do Poder Judiciário: falta de legitimação democrática, pois seus membros não são eleitos por vontade popular. A realidade dos Poderes Executivo e Legislativo seria diferente, pois seus representantes são eleitos pelo voto majoritário, o que, em tese, implicaria a tomada de decisões aptas a preservar o bem comum e a justiça a todos, ou seja, os valores substantivos de uma determinada sociedade são escolhidos, por meio de deliberação democrática, pelos detentores dos mandatos eletivos exercidos nos Poderes Executivo e Legislativo.

Caberia ao Poder Judiciário, portanto, garantir apenas o exercício da democracia, vedando-se o ativismo judicial quanto à tomada de decisões pertinentes aos valores da sociedade jurisdicionada. A simples existência do procedimento democrático bastaria para o alcance do justo, independentemente do fim a ser alcançado, pois estariam preservados os direitos garantidores da participação política e dos processos de deliberação².

Desse modo, o papel do Judiciário seria apenas o de garantir o processo democrático, sendo vedado aos juízes manifestação sobre aspectos substanciais, a exemplo da concretização de direitos fundamentais pela

determinação judicial acerca da distribuição de recursos e implementação de políticas públicas.

A defesa da democracia deliberativa (procedimental) tem como um de seus expoentes John Hart Ely (2002), que admitia a possibilidade de o órgão jurisdicional, representante da elite na visão do autor, colocar-se enquanto veículo transmissor da vontade popular³.

Jürgen Habermas (2003) também trata da democracia deliberativa de acordo com a noção da “teoria do discurso”, segundo a qual o direito tem legitimidade desde que seus destinatários se identifiquem com seus autores, o que diminui os conflitos sociais em razão da maior aceitação de seus termos e da possibilidade de participação de todos.

Assim, o direito que resulta do processo democrático (valores substantivos) não seria passível de discussão pela via judicial. Nesse contexto, caberia ao Judiciário atuar apenas para assegurar os direitos políticos dos indivíduos pela garantia do procedimento democrático, ou seja, o Poder Judiciário teria a legitimação para ir contra ou restringir a vontade da maioria para proteger o exercício da democracia⁴.

Diversas objeções são feitas aos que defendem o rigorismo da democracia deliberativa, especialmente as que destacam que o texto constitucional é formado não apenas por valores procedimentais, mas também por substantivos. Desse modo, as previsões normativas que visam a preservar os elos procedimentais da democracia são verdadeiramente direitos fundamentais pois para que o procedimento seja o mais adequado possível, devem estar presentes certas condições, tais como liberdade, igualdade, dignidade, cuja natureza é substantiva, ou seja, ao se admitir o controle judicial para proteger a democracia procedimental em seus aspectos relacionados aos direitos fundamentais de condições de vida, indispensáveis para assegurar os demais direitos fundamentais, admite-se, em verdade, a intervenção do Poder Judiciário na análise e decisão de aspectos substanciais (valores).

A vertente argumentativa procedimental não se sustenta em condições concretas como a que se tem no Brasil. A teoria procedimental somente poderia ser bem adaptada às sociedades democráticas em que todos os indivíduos tivessem igual condição para alcançar efetiva legitimidade⁵, o que não é compatível com a complexidade das sociedades contemporâneas.

Diante de tais constatações, não há que se falar em falta de legitimação democrática quanto à atuação política do Poder Judiciário se não há incompatibilidade entre o princípio democrático e exercício da atividade jurisdicional, já que as garantias para a preservação do procedimento não são suficientes para atender aos anseios da sociedade contemporânea extremamente desigual, em que a simples teorização acerca do direito à igualdade não basta para garanti-la, na prática, ou o direito a ela propriamente dito.

Desse modo, a teoria favorável ao constitucionalismo ganha força para asseverar a busca do resultado justo. Em tal contexto, os valores substantivos são os direitos fundamentais que decorrem de escolha soberanamente popular quando da existência do poder constituinte.

Uma das finalidades desses direitos é disponibilizar critérios para a interpretação do direito, especialmente de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, que limitem atos governamentais prejudiciais a esses direitos, preservando a democracia.

Um dos principais autores a teorizar sobre uma futura concepção substantiva constitucional é Ronald Dworkin (2003), para quem os julgamentos do Poder Judiciário estão legitimados se baseados em princípios⁶ que reflitam a justiça (valor moral de natureza substantiva). Se num caso concreto (caso difícil) não há regra aplicável, mas o juiz tem de tomar uma decisão, deve fazê-lo da melhor forma possível (não há uma única resposta) por meio da busca de princípios. A escolha de tais princípios tem natureza política, mas o pronunciamento judicial, que decorre desse processo, assim não o é porque a motivação do ato busca fundamentos em princípios, não em bases da política.

Cabe ressaltar, entretanto, que Dworkin não entende como legitimadas decisões emanadas do Poder Judiciário que decorram de questões políticas (paradigma que define uma meta a ser alcançada nos âmbitos social, econômico etc.), pois, para ele, elas devem ser atendidas pelos Poderes Executivo e Legislativo⁷.

A base principiológica defendida pelo autor, por outro lado, faz com que se verifique a supremacia dos direitos fundamentais, que legitimariam suficientemente as decisões do Poder Judiciário quanto à apreciação de questões que os envolvem, para que todos sejam protegidos, inclusive os grupos que representam as minorias, pensamento por meio do qual se permite o ativismo judicial.

As lições de Dworkin lançam pilares indispensáveis ao constitucionalismo. Nesse contexto, a atividade jurisdicional está legitimada porque os direitos fundamentais correspondem a valores que devem ser preservados – pois foram escolhidos pelo povo – enquanto vigorar o Poder Constituinte. Assim, o Judiciário vai interpretar e aplicar o direito em conformidade com os valores escolhidos pelo povo no momento da definição do texto constitucional, o que lhe confere legitimação. Tal caso não caracteriza, portanto, uma afronta à separação de poderes.

O Poder Judiciário, no cenário caótico da falta de implementação dos direitos fundamentais na sociedade brasileira contemporânea, tem de valer-se do ativismo judicial para que os valores postos no texto constitucional sejam observados, o que fomenta a observância do princípio democrático. Nesse contexto, a aplicação e a interpretação do direito pelos tribunais no Brasil passam a ser, portanto, o único instrumento capaz de resolver e atender, de forma justa, as necessidades e os conflitos existentes na complexa sociedade contemporânea. Somente o atendimento às demandas sociais, de forma justa, é que preservará a democracia, fazendo com que a liberdade e a igualdade sejam efetivamente os princípios constitutivos dessa sociedade⁸.

3 **Direito ao acesso a medicamentos: sua natureza jurídica**

A Constituição de 1988 surgiu no contexto de decadência do regime militar autoritário que colocava diversos óbices à proteção e implementação dos direitos fundamentais no Brasil, motivo pelo qual seu texto resgatou a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III da CR/88).

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

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

Dessa forma, o atual texto constitucional, ao fomentar a proteção dos direitos e garantias fundamentais, faz que figurem entre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, I da CR/88), além de incluir os direitos sociais.

Sobre o direito ao acesso a medicamentos, reconhece-o como decorrente do direito social à saúde, estando revisto, portanto, no art. 6º da CR/88, de modo que a ele se aplicam as mesmas regras válidas para os direitos fundamentais, inclusive a de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CR/88).

Defende-se, então, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz valores escolhidos pela sociedade, entre os quais o direito fundamental de acesso à saúde (medicamentos). Por esse motivo, tais direitos devem ser executados pelos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, para que, sob a perspectiva da justiça distributiva, sejam resolvidos da melhor forma possível os conflitos sociais.

4 Acesso a medicamentos: questões polêmicas e o ativismo judicial

Comumente, o debate relativo ao acesso a medicamentos relaciona-se aos temas: patentes farmacêuticas, processos de pesquisa e fabricação, controle de preços de medicamentos etc., tópicos de extrema importância, mas que não estão isolados no universo de discussão sobre esse assunto, de modo que, sob o ponto de vista do cidadão que enfrenta árdua batalha para que seu direito à saúde seja respeitado, serão analisadas as principais questões polêmicas que fazem parte do debate sobre o acesso a medicamentos.

4.1 Medicamentos não incluídos nas políticas públicas existentes

Os medicamentos no Brasil, após terem sido registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a pedido de quaisquer interessados, podem ser objeto de apreciação da Comissão para Incorporação de Tecnologias em Saúde (CITEC), do Ministério da Saúde, para que passem ou não a ser fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), consoante critérios, tais como efetividade, custo e segurança.

Não existe, portanto, vinculação entre o registro na Anvisa e a inclusão dos fármacos registrados nas políticas de fornecimento de medicamentos do Ministério da Saúde, motivo pelo qual nem todas as drogas comercializadas e registradas estão à disposição da população para tratamento gratuito.

A melhor maneira de vislumbrar as implicações práticas e jurídicas desse processo é analisar a forma pela qual são disponibilizados pelo SUS medicamentos de alto custo (ou excepcionais), referentes a doenças crônicas, que demandam tratamento, na maioria dos casos, vitaliciamente. Quanto a tais medicamentos, há atos normativos, em âmbito federal e estadual, que informam a correspondência que há entre a doença e o medicamento destinado ao seu tratamento.

Na prática, tais atos normativos não fazem constar, em seu conteúdo, todas as substâncias químicas que poderiam ser utilizadas para uma determinada patologia, ou seja, se o paciente não se adapta às drogas que constam do respectivo protocolo clínico⁹, não receberá qualquer assistência à saúde que lhe seja eficaz.

Além disso, é importante enfatizar que as listas de fornecimento de medicamentos estão constantemente desatualizadas, permanecendo por muito tempo sem a inclusão de drogas novas e mais eficazes.

Sob a perspectiva da interpretação, da aplicação do direito e do ativismo judicial, fica claro, para todos os pacientes atendidos pelo SUS, que devem receber tratamento adequado às suas necessidades, o que não ocorre na prática, uma vez que grande número de enfermos simplesmente não recebe qualquer assistência, pois a rede pública de saúde não disponibiliza medicamentos fora do rol de suas listas.

A decisão judicial que permite o acesso ao medicamento que não integra as políticas públicas do SUS preserva o princípio democrático, na medida em que, sob o ponto de vista do constitucionalismo, faz que se proteja o direito da minoria, concretizando valores substantivos presentes na Constituição de 1988, tais como a busca pela igualdade, liberdade e efetivação da democracia, preservando os próprios cidadãos que participarão do processo democrático.

A democracia destina-se à efetivação dos valores essenciais humanos responsáveis pela sustentação do próprio processo democrático, pois não há como admitir que os poderes constituídos sejam absolutos, uma vez que, em se tratando de direitos fundamentais, sua omissão e atos abusivos devem ser supridos ou, no mínimo, questionados. O não funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo não permite o adequado desenvolvimento e aperfeiçoamento da democracia. Em tal situação, cabe ao Poder Judiciário preservar e permitir a continuidade do processo e garantir o reconhecimento dos direitos fundamentais¹⁰.

Acrescente-se ainda que a imposição ao Poder Público para que seja fornecido medicamento não previsto nas listas oficiais pode exigir que se faça uma reavaliação dos remédios e nelas se incluam novas drogas ou se ampliem as CIDs para um medicamento já fornecido gratuitamente. Se ficar comprovado, por meio de laudo médico do profissional, que¹¹ a saúde só poderá ser preservada por meio de medicamentos que não estejam arrolados nas listas do SUS, seu pedido deverá ser acatado, pois não há direito à vida e à integridade física pela metade. Ou eles existem por completo, ou não estão sendo observados.

Sem isso, estar-se-á condenando à morte milhares de seres humanos, pena de morte muito mais cruel do que uma execução sumária, porque o paciente a “cumpre” em vida, dia após dia, sabendo que a morte se aproxima, estando submetido, além do abalo provocado pela patologia, à tortura e ao tratamento desumano e muitíssimo cruel, o que o texto constitucional proíbe (art. 5º, III da CR/88).

4.2 Orçamento e saúde: possibilidades, responsabilidades e solidariedade dos entes federativos

Com o objetivo de obstar prestações à saúde, há reiterada menção à teoria da reserva do possível, advinda da Corte Constitucional Federal da Alemanha, segundo a qual as limitações orçamentárias comprometem a implementação dos direitos sociais. Por esse motivo, a satisfação desses direitos ficaria condicionada à existência de condições econômicas. Em tese, se o Estado afirma que não há verbas para a saúde, por exemplo, por falta de recursos, os pedidos que dependam dessa verba para prestações de serviço nessa área simplesmente não serão implementados.

Ocorre que a referida teoria surgiu na Alemanha, país cujo contexto político e social é completamente diverso do Brasil; por isso, sua aplicação na ordem jurídica brasileira constitui uma aberração¹². Para que a análise

desse critério seja levada a efeito de modo justo, é preciso considerar o contexto social e político do Brasil.

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

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

No que diz respeito ao contexto social, basta que se tenha a percepção de que os mandatos eletivos seguem sendo cumpridos, sem que haja melhora significativa do cumprimento de diversos direitos sociais, entre os quais o da saúde.

O Poder Judiciário também não está alheio a essa questão, pois, ao julgar improcedente o pedido numa demanda que envolve o fornecimento de medicamentos, sob o pretexto de que o orçamento não é suficiente, está incentivando os maus gestores de recursos públicos a continuarem o ciclo de corrupção e de desperdício do dinheiro do contribuinte. Nesse contexto, o Estado estará legitimado a deixar, cada vez mais, de atender aos direitos sociais.

Ao se julgar em improcedentes pedidos que visam ao fornecimento de medicamentos com base no argumento da escassez orçamentária, penaliza-se o cidadão, em vez do gestor público corrupto e incompetente.

Sobre as despesas orçamentárias propriamente ditas, é preciso notar que toda implementação de direitos tem seu custo¹³. Ao invocarem a teoria da reserva do possível, os órgãos governamentais manifestam-se como se apenas o direito à saúde (e nenhum outro) fosse capaz de gerar gastos e comprometer a previsão orçamentária.

Além disso, é preciso que se questione qual órgão tem legitimidade para definir o que e quanto é a “reserva do possível”. Os entes políticos, a quem cabe estudar e aprovar a respectiva dotação orçamentária, certamente

darão continuidade a já existente escassez de recursos destinados aos direitos sociais. Soma-se a isso a notória corrupção que alimenta o desvio de verbas.

Daí o porquê de o Poder Judiciário estar legitimado a afastar a teoria da reserva do possível em causas cujo objeto é a implementação de direitos sociais, que não estão sendo observados em razão da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse caso, o Poder Judiciário não está intervindo arbitrariamente na realização de políticas públicas, uma vez que o cidadão não pode ser penalizado pela omissão estatal. Ratifica esse fundamento o fato de que a disponibilização de recursos para os direitos fundamentais resulta de garantia expressa do texto constitucional que, se for violada, dá ao Poder Judiciário a legitimidade democrática para decidir sobre o destino de recursos públicos, uma vez que esta decisão equivale a preservar valores substantivos fundamentais, escolhidos pelo povo no momento constituinte.

Esse entendimento tem base sólida porque se trata do bem maior do ser humano: a vida. É possível que se contenham despesas pertinentes a exageros e desvios de verbas, mas não se pode pôr, num balanço contábil, a vida.

Um dos principais equívocos é acreditar que, para solucionar os problemas da saúde no Brasil, evitar gastos com um indivíduo proporcionará bem-estar à coletividade, em razão da existência de aumento dos recursos disponíveis. De fato, não o é, e causa imenso dano à sociedade, visto que a falta de tratamento gera o custo social das doenças: cada paciente não tratado corresponde a um cidadão a menos vivendo sem o mínimo da dignidade¹⁴.

Além disso, se o paciente for portador de doença mental seu não tratamento poderá resultar – o que não tem sido raro nos últimos tempos – em homicídios, suicídios, agressões, entre tantas outras espécies de tragédias, que deixam a sociedade assustada e perplexa, originadas pela negligência dos entes governamentais em relação à saúde mental.

Assim, o repúdio a teses orçamentárias totalitárias e extremamente desumanas, tais como a reserva do possível, deve prevalecer. Posicionamento contrário a este afronta, pelas diversas justificativas teóricas apresentadas,

os valores substantivos do texto constitucional, eleitos pelo povo no momento constituinte.

É comum que um ente público atribua ao outro a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos, o que, na tramitação de uma demanda, pode provocar certo tumulto procedimental, deixando, pelo decurso do tempo destinado a discutir as questões não afetas ao direito material propriamente dito, o enfermo desamparado.

Dessa forma, a interpretação, quanto à competência a ser adotada, é a que se tem verificado nos tribunais pátrios em que se reconhece a solidariedade dos entes federativos¹⁵, entendimento que preserva a dignidade da pessoa do paciente.

4.3 Medicamentos prescritos por médico não pertencente ao quadro do SUS

A existência ou não de vínculo institucional com o SUS dos profissionais que apresentam laudos médicos em juízo é tema de constante abordagem no universo do direito à obtenção de medicamentos. Não raras vezes, em havendo laudo de médico particular, a defesa dos entes estatais levanta dúvidas acerca da hipossuficiência do autor da demanda e da confiabilidade do conteúdo parecer médico. Contudo, a exigência de que o médico subscritor tenha vínculo institucional com o SUS não merece ser acatada por diversas razões plenamente justificáveis.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que a prescrição de medicamentos por médico particular não é, por si só, parâmetro hábil para comprovar ou descaracterizar a hipossuficiência financeira do paciente, que se caracteriza por apresentar peculiaridades próprias em cada caso concreto. O fato de uma pessoa ser atendida por um médico particular não quer dizer que necessariamente ela tenha recursos suficientes para o custeio de seu medicamento¹⁶.

Outrossim, a realidade da assistência médica no Brasil mostra que todos os que, de alguma forma, seja por meio de planos de saúde ou não, podem evitar o uso dos serviços públicos assim o fazem. Esse é um dos motivos da existência de tantos planos de seguro-saúde.

Mesmo que assim não o fosse, é plenamente perceptível que o custo de consulta e acompanhamento de quaisquer tratamentos médicos, se comparado aos dos medicamentos, é ínfimo, de modo que muitos podem suportá-los com recursos particulares.

Além disso, é imprescindível destacar que, ao desenvolver determinada patologia, o ser humano busca a cura ou, em não havendo essa possibilidade, uma forma de diminuir seu sofrimento, com o auxílio do profissional em quem confia. A procura por médico particular também decorre desse aspecto, ou seja, a relação médico-paciente é, acima de tudo, uma relação de confiança. Nesse contexto, obrigar aqueles que necessitam do fornecimento gratuito de medicamentos à consulta somente com um profissional pertencente ao quadro do SUS, para obtê-los é, medida totalitária que afronta a dignidade dos pacientes e resulta no aumento da ineficácia dos tratamentos, além da superlotação desnecessária do sistema público.

No que diz respeito à confiabilidade dos pareceres de médicos particulares, ela permanece incólume, visto que, no âmbito privado, a prescrição de medicamentos é feita de modo muito menos burocrático e oneroso. O médico os prescreve ao paciente que efetivamente precisa deles, pois não tem compromissos orçamentários a cumprir nem está vinculado às listas oficiais¹⁷.

De qualquer forma, mesmo havendo qualquer resquício de dúvida, é possível a produção de prova pericial, que, se realizada de maneira adequada, demonstrará se o médico, ainda que não integrante dos quadros do SUS, está correto ou não em sua avaliação.

O médico vinculado ao SUS, como prestador de serviço público, tem seus atos (e laudos) presumidamente legítimos. Dessa forma, se ele não prescrever fora dos parâmetros dos protocolos clínicos, o paciente jamais

conseguirá ultrapassar essa barreira no sistema público e questioná-lo em juízo, porque, sem laudo, não há pedido de medicamento.

Em razão de seu vínculo institucional, os médicos do SUS, evidentemente, tendem e sempre tenderão a prescrever somente medicamentos constantes dos protocolos clínicos.

Em decorrência dessa limitação, milhares de pessoas podem deixar de ser tratadas, de imediato ou em certo prazo, com os medicamentos que efetivamente lhes são benéficos, pela insistência quanto à utilização dos que estão presentes nas listas do SUS, que, conforme destacamos, encontram-se desatualizadas, além de serem discriminatórias e cruéis em sua seleção.

4.4 Pedido prévio à Administração Pública para o fornecimento de medicamentos

Sobre a necessidade de pedido prévio à Administração Pública, a primeira lembrança que vem à mente do estudioso atento é a previsão constitucional do art. 5º, XXXV, que defende que a lei não pode excluir da apreciação o Poder Judiciário, o que caracterizaria como lesão ou ameaça a direito.

Se a lei assim não pode proceder, não é possível admitir que qualquer ato, seja judicial ou não, em se tratando de direito à saúde, imponha, como condição prévia, o pedido administrativo. Pelo simples fato de o texto constitucional conter esse tipo de previsão, extrai-se a legitimação do Poder Judiciário para julgar demandas em que o paciente não tenha recorrido à Administração Pública.

No entanto, o procedimento da assistência pública paranaense, em especial na capital Curitiba, por exemplo, faz com que o interessado em receber medicamentos tenha de procurar apenas o posto de saúde que presta atendimento na região em que reside.

Nesse local, inicialmente agenda-se uma consulta com um clínico geral para que seja feita uma espécie de triagem e se verifique qual o tratamento a que terá de se submeter. Após a consulta para a triagem, o paciente agendará outra, em tese, com o médico especialista de sua patologia. “Em tese” porque, em casos concretos, médico com essa especialidade apenas tem data disponível para não menos do que um ano. Nesses casos, os pacientes novamente serão atendidos por um clínico geral, o que expõe suas vidas a risco.

Considerando que a realidade da assistência médica no Brasil não destoa e pode ser ainda pior que o contexto paranaense, compreendem-se a importância e o alcance da norma constitucional que não subordina as demandas judiciais à triagem administrativa.

Entretanto, mesmo que não houvesse dispositivo constitucional sobre a questão, não faria sentido impor o prévio acompanhamento administrativo pelo simples fato de que são públicos os atos normativos, por meio dos quais se estabelecem os medicamentos que serão disponibilizados para os diversos tipos de patologias (“as listas”). Sua íntegra também está na internet. Basta que o interessado verifique se na “lista” há o medicamento de que precisa para a CID de sua patologia. A não correspondência entre ambos é, por si só, suficiente para que se caracterize o interesse de agir para a demanda judicial.

Dessa forma, levar o paciente que já tenha consultado os protocolos clínicos, a saber que, no âmbito administrativo, não lhe será fornecido o medicamento pretendido evita que passe pelo calvário das consultas em postos de saúde só para obter a recusa formal do fornecimento. Tal cuidado, diminui, pelo menos, que deixe de submeter-se a tratamento desumano ou degradante e à efetiva tortura que compromete sua integridade psíquica, e que, evidentemente, não se compatibiliza com o regime democrático e afronta os direitos fundamentais, legitimando a atuação jurisdicional.

4.5 Medicamentos experimentais, sem registro e outros

O respaldo do laudo médico dá o suporte técnico necessário para acreditar-se que, mesmo sem o registro e eficácia comprovada, para o caso concreto do paciente que clama por essa espécie de medicação, o uso do remédio solicitado preservará sua saúde, devendo, portanto, ser fornecido.

Nesse aspecto, reafirma-se que a imposição ao Poder Público para que forneça gratuitamente medicamentos, ainda que não registrados na Anvisa, mas que têm aceitação médica, uma vez que são prescritos por médico habilitado, pode despertar nos entes governamentais a importância de sua inclusão nas respectivas listas. Isso porque pode haver desídia do Poder Executivo quanto à atualização e ampliação de registro de produtos, burocracia essa que não pode comprometer o direito ao acesso a medicamentos.

Está-se aqui adiante de hipótese de omissão dos órgãos gestores de políticas públicas, inércia que não pode, em hipótese alguma, deixar de passar pelo crivo Judiciário, visto que ele representa a única chance de o paciente obter seus medicamentos para continuar a viver¹⁸.

5 Considerações finais

Este trabalho objetivou analisar o ativismo judicial, em sua perspectiva de atuação política do Poder Judiciário, para descobrir se este está legitimado a tomar decisões em lides cujo pedido implica suprir a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo quanto ao atendimento a direitos fundamentais, entre os quais o do acesso a medicamentos.

O trato teórico da matéria tem implicações relativas à interpretação e aplicação do direito, motivo pelo qual foram explicitadas diversas referências dogmáticas sobre o tema, tendo-se defendido a existência da legitimação do Poder Judiciário para decidir em causas descritas no parágrafo precedente.

Tal prisma teórico tem como referencial fundante a constatação de que os direitos fundamentais são valores substantivos escolhidos pelo povo quando do momento constituinte, ou seja, restam incólumes o princípio democrático e a separação de poderes.

Essa forma de interpretação e aplicação do direito também se sustenta na constatação de que o contexto social e político no Brasil denota que a concretização dos direitos sociais está longe de ser alcançada, não havendo outro modo de atender às demandas sociais fundamentais a não ser por meio de decisões judiciais coercitivas.

Outro pilar que ratifica o posicionamento defendido é a nítida constatação de que, em havendo obrigatoriedade de destinação de recursos, o desperdício dos Poderes Legislativo e Executivo ocorrerá em proporções cada vez menores, e os órgãos públicos passarão a ter de dar mais explicações sobre o dinheiro que, sabe-se, é arrecadado, mas que simplesmente “desaparece” e se esvai em atos de corrupção.

A jurisdição compatível com a concretização dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional deve ser cada vez mais efetiva, pois, na sociedade contemporânea complexa e desigual, a democracia somente é preservada e pode ser cada vez mais consolidada se os direitos básicos de todos os cidadãos forem garantidos¹⁹.

Access to medicines: controversial questions through the perspective of interpretation, application of law and the judicial participation

Judicial claims which involves gratuitous supply of medicine are multiplying and the Judiciary has been deciding it through the analysis of certain criterions, that became from the theses exposed at court and has been used naturally, adjudging for or against the claims that requires the access to medicine with no costs. This article, considering the theories about the judicial participation and

the interpretation and applicability of law, is going to analyze the mainly controversial questions that have been exposed at the home benches, in order to contribute for the debate about the theme that exists nowadays.

Key words: Access to medicine. Judicial activism. Social rights.

Notas

- 1 Os temas arrolados são: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Anvisa ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado nem previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2009).
- 2 “As teorias democrático-deliberativas partem de um problema fundamental: o pluralismo. As sociedades contemporâneas são plurais, convivendo em seu interior inúmeras doutrinas compreensivas de caráter ético, filosófico ou religioso [...] Tendo-se em vista a impossibilidade desse amplo consenso acerca de conteúdos, grande parte das teorias democrático-deliberativas se alicerçam em concepções procedimentais da legitimidade; entendem que há, inversamente, a possibilidade de consenso a respeito das condições procedimentais da democracia, que seriam neutras ou imparciais em relação às diversas doutrinas compreensivas que habitam as sociedades contemporâneas.” (SOUZA NETO, 2003, p. 316-320).
- 3 “*The notion that the genuine values of the people can most reliably be discerned by a nondemocratic elite is sometimes referred to in the literature as ‘the Fuhrer principle’, and indeed it was Adolf Hitler who said ‘My pride is that I know no statesman in the world Who with greater right than I can say that he is the representative of his people’. We know, however, that this is not an attitude limited to right-wing elites.’ The Soviet definition’ of democracy, as H.B. Mayo has written, also involves the ‘ancient error’ of assuming that ‘the wishes of the people can be ascertained more accurately by some mysterious methods of intuition open to an elite rather than by allowing people to discuss and vote and decide freely.’* (ELY, 2002, p. 68) (tradução do conteúdo: “A noção de que os verdadeiros valores do povo podem ser mais confiáveis se discernida por uma elite não democrática é, por vezes, referida na literatura como ‘princípio do Führer’ e, na verdade, foi Adolf Hitler quem disse: ‘Meu orgulho é que eu não sei que estadista do mundo tem maior razão do que eu tenho para dizer que ele é o representante do seu povo’. Sabemos, no entanto, que esta não é uma atitude limitada às elites de direita. ‘A definição Soviética’ de democracia, tal como H.B. Mayo tem escrito, também envolve o ‘antigo erro’ de assumir que ‘a vontade do povo pode ser determinada com maior precisão por parte de alguns métodos de intuição misteriosa abertos a uma elite, em vez de permitir que as pessoas possam discutir e votar e decidir livremente.”).

- 4 “De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais. Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis [...] Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos [...] Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal concepção procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição.” (HABERMAS, 2003, p. 164 e 326).
- 5 Lenio Streck (2004, p. 172/173) explica: “Este parece ser um dos problemas fundamentais da tese procedimentalista: subestimar a questão da diferença ontológica, com todas as consequências que isso venha a ter [...]. É evidente que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos.”
- 6 Para Dworkin, princípio é: “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, 2003, p. 36).
- 7 “[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral – e, que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.” (DWORKIN, 2000, p. 101).
- 8 “Cabe, por conseguinte, reiterar: quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. [...] Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.” (BONAVIDES, 2002, p. 601).
- 9 As razões mais comuns para tanto têm como origem efeitos colaterais que o paciente não consegue suportar e a ineficácia da droga, pois o organismo não reage à composição química prescrita.
- 10 Nesse sentido: STJ .1ªT. ROMS 20335/PR. Rel. Ministro Luiz Fux. j. 10.04.2007; TJPR. 4ªCC. AI.4803329 Rel. Salvatore Antonio Astuti. j. 09.12.08.
- 11 O respaldo em laudo do profissional que acompanha o paciente é imprescindível e jamais pode ser afastado, pois os operadores jurídicos não têm conhecimento técnico na área

médica para desvalorar referido atestado. Não compete a eles analisar a adequação/necessidade do medicamento postulado; apenas o médico do enfermo detém essa prerrogativa.

- 12 Decisões do TJPR negaram os pedidos para o fornecimento de medicamentos, sob o fundamento de que haveria grave lesão à ordem e à economia públicas: TJPR. ÓE. SL. 552727-9. Rel. J. Vidal Coelho. j. 22.12.08. Felizmente, há diversas decisões em contrário: TJDF. 4ª TC. APC 20060110440205. Rel. Hector Valverde Santana. j.10.09.2008; TJRS. AI.70028204253. Rel. José S. Trindade. j. 25.02.09.
- 13 “[...] tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas.” (PIOVESAN, 2003, p. 245).
- 14 “Cotejando a tese de Dworkin referente à ‘única resposta certa’ para os casos colocados sob análise do Judiciário, com esta noção de conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, entendemos ser possível vislumbrar que este mínimo (ético) da dignidade está, de fato, fora do poder discricionário do juiz.” (OLSEN, 2006, p.75-76).
- 15 Nesse sentido: TJPR. 5ª CC. ACR 0388698. Rel.: Des. Leonel Cunha. j. 14.08.07.
- 16 A avaliação acerca da hipossuficiência deve ser feita em conformidade com cada caso concreto e também considerando a espécie de tratamento de que necessita o paciente que pode pertencer à classe social abastada, mas isso não lhe permite dar prosseguimento a longo tratamento cujo custo seja considerável (a exemplo de tratamentos oncológicos, cuja ampola semanal custa em torno de R\$ 30.000,00). Da mesma forma, é possível que se esteja diante de medicamento que custa por volta de R\$ 100,00 mensais, e o paciente que dele necessita não consegue suportar esse custo se percebe apenas o salário-mínimo.
- 17 “O receituário originário de médico particular, se não infirmado por nenhum elemento em sentido contrário, qualifica-se como prova suficiente para atestar a enfermidade que acomete a cidadã e o tratamento ao qual deve se sujeitar [...]” (TJDF. 2ª T. AP.20060110717493. Rel. TEÓFILO CAETANO. j.05.09.07).
- 18 Nesse sentido: TJPR. 4ª CC. MS 462.333-8. Rel. Jurandyr Reis Junior. j. 02.12.08.
- 19 Alguns julgados proferidos no Supremo Tribunal Federal, em prol do fornecimento de medicamentos, dão esperança a quem deles precisa, razão pela qual se espera que a alta Corte no País tenha-os na lembrança para os julgamentos que venham a ser feitos após a respectiva audiência pública destinada ao debate da questão. (ex. STF – RE 195192 – Rel. Ministro Marco Aurélio – j. 22.02.09; STF – RE 271.286 – AGR – Rel. Celso de Mello – j. 12.12.06 e STF – RE 393175 – Rel. Celso de Mello. j. 12.12.06).

Referências

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudienciaSaude.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2009.

DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELY, J. H. *Democracy and Distrust*. 14th printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

OLSEN, A. C. L. Atividade jurisdicional e o princípio da dignidade da pessoa humana – diálogo com a obra de Ronald Dworkin. In: KOZICKI, K.; CHUERI, V. K. (Coord.). *Estudos em direito, política e literatura – hermenêutica, justiça e democracia*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 122-320.

PIOVESAN, F. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 250-266.

SOUZA NETO, C. P. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais à luz do princípio democrático. In: BARROZO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 251-352.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

▼ recebido em mar. 2009 / aprovado em maio 2009

Para referenciar este texto:

RAYMUNDO, G. V. Acesso a medicamentos: questões polêmicas sob a perspectiva da interpretação, aplicação do direito e o ativismo judicial. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 199-221, jan./jun. 2009.

