

DIREITO DE ACESSO INTEGRAL A MEDICAMENTOS NO BRASIL: REFLEXÕES À LUZ DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E DA “TRAGÉDIA DOS COMUNS”

José Carlos Loureiro da Silva (Universidade Católica de Santos)
zeloureiro33@gmail.com

Valéria Cristina Farias (Universidade Católica de Santos)
zeloureiro33@gmail.com

Resumo: O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, promovidos, protegidos e defendidos internacionalmente, constituem direito básico internacional do cidadão e fundamento do Estado Democrático de Direito, pelo que o acesso ao fornecimento de medicamentos, independentemente de seu custo ou padronização, não poderia ser negado aos cidadãos, defendem os humanistas. Para os utilitaristas, os recursos estatais são limitados, impedindo seja o Estado compelido judicialmente a tal fim, utilizando-se como fundamento a “Tragédia dos Comuns”, de Garrett Hardin. Confrontar esses argumentos diante do problema enfrentado por pacientes sem condições financeiras para obtenção de medicamentos indispensáveis, não fornecidos pela rede pública, constitui o fim deste artigo.

Palavras-chave: Acesso a medicamentos. Direito à saúde. Dignidade da pessoa humana. Judicialização. Tragédia dos Comuns.

Abstract: The principle of human dignity and the right to health, promoted, protected and defended internationally, are international basic rights of citizens and foundation of the Democratic State of Law. Therefore, the access to the supply of medicines, regardless of their cost or standardisation, could not be denied to citizens, as defended by Humanists. For Utilitarians, the State resources are limited, preventing the state to be compelled in Court for that purpose, by using as its basis the "Tragedy of the Commons" by Garrett Hardin. The aim of this article is to confront these arguments before the problem faced by patients without financial conditions to obtain essential medicines not provided by the public service.

Key-words: Access to medicines. The right to health. Human dignity. Legalization. Tragedy of the Commons.

Considerações iniciais

O presente artigo tem a finalidade de abordar o problema enfrentado por inúmeros pacientes que não têm assegurado o direito de acesso a medicamentos que lhes são fundamentais por não possuírem disponibilidade financeira e se vêem obrigados a recorrer ao Judiciário visando que este obrigue o Estado a lhes fornecer os fármacos dos quais necessitam.

O Ministério da Saúde do Brasil possui uma lista de medicamentos, considerados indispensáveis à saúde da população, que se encontram disponíveis na rede pública para distribuição gratuita a quem necessite, independentemente de sua condição financeira. Ocorre que essa lista de medicamentos padronizados nem sempre atende à necessidade individual do tratamento prescrito ou simplesmente não contempla medicamentos modernos, doenças raras ou graves.

Além disso, o desenvolvimento internacional das pesquisas na indústria farmacêutica vem trazendo ao mercado uma gama de medicamentos que apresentam respostas terapêuticas mais eficientes ou, simplesmente, proporcionam maior qualidade de vida ao paciente. Por razões óbvias, esses medicamentos possuem um alto custo e, na maioria das vezes, não são padronizados pelo Ministério da Saúde, ou seja, não são fornecidos gratuitamente ao cidadão.

No Brasil, aquela parcela da população que dispõe de recursos financeiros, portanto, consegue custodiar o tratamento, mas os privados de recursos financeiros, a depender das políticas públicas relativas à saúde, são privados do quanto indispensável à garantia do seu direito à vida, necessitando recorrer ao judiciário para ver reconhecido o direito de acesso integral a terapia necessária, compelindo-se o Estado à sua prestação.

O princípio internacional da dignidade da pessoa humana e o direito humano internacional à saúde, previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e na Constituição Federal do Brasil de 1988, constituem direito básico e fundamento do Estado Democrático de Direito, constituindo o alicerce para o acesso do cidadão ao fornecimento gratuito e integral de medicamentos pelo Poder Público, de forma que este não poderia lhe ser negado, defendem os humanistas.

Não se pode olvidarm contudo, que os recursos estatais são limitados, o que impede que todos tenham direito à obtenção dos fármacos de que necessitam, asseguram os utilitaristas, que utilizam a “Tragédia dos Comuns”, de Garrett Hardin, para fundamentar sua alegação. Assim, confrontar os argumentos dos humanistas e dos utilitaristas acerca da questão constitui a razão de ser deste artigo, que não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas contribuir para uma possível solução do problema.

1. O princípio internacional e constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito humano internacional à saúde

Conceituar e contextualizar a dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, mas a doutrina internacional e nacional é uníssona em reconhecê-la como um atributo próprio de todo ser humano, independentemente de sua previsão ou reconhecimento legal.

A dignidade, portanto, não é conferida pelo ordenamento jurídico, porque nasce com o indivíduo, não havendo uma justificação para tal, pois o ser humano é digno porque é (RIZZATTO NUNES, 2009).

Da mesma forma que não se explica, pois inerente à pessoa humana, não se deve procurar o fundamento de validade, tanto do direito em geral quanto dos direitos humanos em particular, na religião ou na abstração metafísica, sustentando Comparato (2001) que

se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias.

Por constituir um direito social fundamental (i.e. direito humano internacional de segunda geração), intimamente ligado ao direito à vida, atribui-se ao Estado o dever de agir sempre que necessário, propiciando condições para que as pessoas se tornem dignas, finalidade estatal primordial. A dignidade da pessoa humana, inserta no bojo dos direitos fundamentais e considerada bem de estatura maior, passa agora a representar um objetivo a ser buscado e garantido, como condição essencial de convivência pacífica entre o povo e o poder estatal.

A prevalência da dignidade humana é encontrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, em seu preâmbulo, dispõe:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

[...]

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em liberdade mais ampla”.

Art. I – Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Na base da Declaração Universal dos Direitos do Homem, portanto, há o reconhecimento de que em posição superior às normas elaboradas pelo poder dominante existe uma lei maior, de validade universal e natureza ética, sendo o seu alicerce o respeito à dignidade da pessoa humana. O valor maior da ordem jurídica é a pessoa humana, “fonte das fontes do direito” (MONTORO, 1999).

A Carta Magna brasileira de 1988, acompanhando essa influência principiológica, alçou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento do estado democrático de direito, conforme artigo 1º, inciso III:

Artigo 1º. - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana,;

Dessa forma, pode-se concluir que todo o sistema jurídico brasileiro se encontra impregnado da força desse princípio e, desde 1988, tudo aquilo que é importante para estabelecer uma

relação jurídica deve considerar, fundamentalmente, a dignidade da pessoa. Por via reflexa, qualquer violação a este preceito não pode ter outro destino senão o manto da inconstitucionalidade.

No mais, o significado da palavra dignidade se encontra estreitamente vinculado à ideia de respeitabilidade, atributo também inerente à condição humana. Seu conteúdo semântico recebe críticas, fundamentadas no fato que a expressão constitucional “dignidade humana” é vaga (CARVALHO, 2014), padecendo de falta de juridicidade, não se prestando, pois, à tutela pretendida. Ou, ainda, que ela seria “uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação” (RIZZATTO NUNES, 2014). No entanto, ainda que difícil a fixação semântica do significado de dignidade, isso não pressupõe possa ela ser transgredida, visto que a sua violação é visível quando ocorre.

Não se pode olvidar que esta expressão designa um princípio, e, assim sendo, representa um valor fundamental amplo que sustenta todo sistema normativo, amparado por normas tipo regras, dotadas de aplicabilidade imediata. A defesa desse princípio constitucional e internacional, portanto, deve ser feita com uma visão alargada, voltada para condição humana, em contraponto à ideia de defesa dos direitos pessoais e tradicionais do homem. Daí porque o princípio é tão impositivo que tem, inclusive, o condão de impregnar os direitos econômicos e sociais, constituindo limitação a ordem econômica e social, conforme previsão constitucional de 1988 assente no *caput* do art. 170, que descreve os Princípios Gerais da Atividade Econômica, e no art. 193, *caput*, que disciplina a Ordem Social.

A dignidade, como dito, é decorrente da própria natureza humana, devendo o ser humano sempre ser tratado de modo diferenciado, tendo em vista a sua natureza racional. As relações que se estabelecem entre as pessoas e o mundo exterior, bem como entre o Estado e os cidadãos, exteriorizam os limites da interferência no âmbito dessa dignidade.

O seu respeito, é importante que se ressalte, não é uma concessão ao Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, afirma Chaves Camargo que inexiste uma específica definição para a dignidade humana, já que cada um, ao respeitar o outro, tem a visão do outro (SILVA, 2001).

A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da Constituição de 1988, constitui valor-guia de toda ordem jurídica, e não somente dos direitos fundamentais (SARLET, 2004). Este preceito, portanto, como fundamento da República Federativa do Brasil, vincula não somente o legislador e o administrador, mas ainda o julgador e o operador do direito, não podendo deixar de ser considerada em nenhum ato relativo à interpretação,

criação ou aplicação de normas jurídicas. E defendendo que a dignidade da pessoa humana é o principal direito fundamental da Constituição Federal de 1988, Rizzatto Nunes (2002) assevera o que segue:

[...] forçoso repetir que é dever de todos, especialmente aqueles que militam no campo jurídico – advogados, promotores de Justiça, juízes, professores de Direito etc -, pautar sua conduta e decisões pela necessária implementação real do respeito à dignidade da pessoa humana, princípio absoluto.

Para a pessoa humana gozar da prerrogativa constitucional do direito à dignidade, prevista no artigo 1º, III, da Carta Magna de 1988, o próprio legislador constitucional previu alguns direitos sociais básicos, capazes de efetivar a dignidade, elencados no artigo 6º e classificados, na visão de Fiorillo (2001), como piso vital mínimo, ou seja, o mínimo essencial à consecução da dignidade humana. Entre eles, destaca-se o direito à saúde.

No conceito constitucional, de natureza programática, “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 a promoção, proteção e recuperação” (artigo 196).

A saúde não se resume, portanto, apenas ao atendimento médico ou a estrutura hospitalar, envolve tanto medidas preventivas como remediadoras, com é o caso do direito de realizar o tratamento adequado, incluindo-se o acesso a medicamentos.

Quer no âmbito do direito privado ou na esfera de ordem econômica, o direito à saúde assume um caráter de “verdadeiro direito subjetivo”, por ter a mesma categoria do direito à vida, sendo pressuposto da dignidade (COSTA, 1997).

Nos primeiros anos da vigência da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento da saúde como direito fundamental do homem não alcançou a efetividade esperada. O Estado, incumbido de realizar a prescrição constitucional retro mencionada, manteve-se indiferente, o que levou um direito universal e expressivo a ficar postergado e, por via reflexa, negado. E ainda que o acesso à saúde fosse constitucionalmente amparado como direito igualitário, sua consecução estava condicionada à situação econômica do cidadão, diante da inexistência de políticas públicas inclusivas.

O resultado não poderia ser outro, o Estado está, literalmente, pagando caro pela sua omissão, pois o aumento da consciência dos cidadãos e eficiência de órgão protetivos (Ministério Público, Defensoria Pública etc.), associado à conhecida ineficiência do sistema de saúde, propiciaram, no início da última década de 90, uma revolução na judicialização da saúde pública, com ações de portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV),

pleiteando fosse o Poder Público compelido ao fornecimento de medicamentos antirretrovirais, indispensáveis ao tratamento dos pacientes.

Estes medicamentos, que já eram utilizados de forma eficiente nos Estados Unidos da América, não estavam disponíveis nas unidades de saúde pública do Brasil e apresentavam um alto custo na aquisição (SCHEFFER, 2005).

Com as primeiras vitórias judiciais, inicialmente em número reduzido, verificou-se uma ampliação não somente no número de demandas judiciais, mas no seu objeto, estendendo-se a tutela judicial para o fornecimento de medicamentos destinados ao tratamento de outras moléstias graves ou raras, obtenção de vaga para internação em UTI (Unidade de Terapia Intensiva), custeio de terapias em outros países para impedir o agravamento de certas doenças, o que despertou a preocupação dos administradores públicos.

As diversas esferas de governo responsáveis pelas políticas públicas relativas à saúde, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios são uníssonas em destacar o impacto financeiro que sofrem no cumprimento dessas ordens judiciais (ALCÂNTARA, 2014) e como esse atendimento individual compromete o desenvolvimento ou manutenção das políticas públicas de natureza coletiva.

A defesa judicial do Poder Público nessas demandas se assenta em fundamentos fáticos e jurídicos vários: que há afronta ao princípio constitucional de separação de poderes, bem como as normas do Sistema Único de Saúde (SUS); que essas decisões judiciais constituem interferência indevida do Judiciário nas diretrizes das políticas públicas; que há ilegitimidade passiva do ente federado; que constituem ofensa ao sistema de repartição de competências; que o remédio ainda não foi reconhecido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); que somente o ente responsável pelo fornecimento do medicamento requerido poderia figurar no pólo passivo da ação principal; que a dicção “Estado” do art. 196 da Constituição Federal de 1988 não diz respeito ao Distrito Federal, Estados-membros e Municípios; etc. Todos estes temas foram abordados pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – CE, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Neste artigo, contudo, os autores ater-se-ão ao aspecto financeiro do problema.

2. A argumentação utilitarista

A denominada judicialização, ato de transferir para o Poder Judiciário a decisão de reconhecer e, principalmente, fazer concretizar um direito que, *a priori*, deveria ter sido satisfeito pelos

demais Poderes da República, Executivo e Legislativo (ALCÂNTARA, 2014), apresenta exponencial crescimento na área da saúde.

Salientam alguns doutrinadores (BARATA, 2014) e gestores públicos (SANTOS, 2010) os reflexos negativos causados, no Brasil, pela proliferação de sentenças judiciais concessivas, de pleitos individuais, ajuizados com fundamento no direito constitucional à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Argumentam que o excesso de ações obrigando o Poder Público a fornecer medicamentos resultará em uma situação injusta, já que alguns conseguirão até mesmo o desnecessário, enquanto outros não poderão obter nem mesmo o essencial (SANTOS, 2010).

Essa corrente utiliza um artigo de autoria de Garrett Hardin para fundamentar seu ponto de vista; artigo esse pioneiramente publicado como um problema de natureza ambiental na Revista *Science*, em 1968, sob o título de *Tragedy of Commons* (Tragédia dos Comuns). Cabe ressaltar que o vocábulo *commons*, do título da obra, faz referência às pastagens de uso comum, existentes antigamente na Inglaterra (FALCÃO, 2014).

Segundo essa teoria, para cada cabeça de gado a mais que um criador acrescer à pastagem de propriedade coletiva, os benefícios serão totalmente auferidos somente por ele. Em contrapartida, os demais criadores serão prejudicados, pois com a imposição de um fator a mais de consumo da pastagem, serão eles obrigados a dividir os custos que advirão, já que diminuirá a quantidade de alimento dos demais animais. Ocorre, portanto, vantagem de um em prejuízo dos demais, ou seja, uma internalização de benefícios e uma exteriorização dos prejuízos (ALVES, 2014).

Inexistindo gestão, ocorreria esgotamento da pastagem pelo seu uso demasiado, já que o acréscimo de mais e mais cabeças de gado não permitiria a regeneração natural do pasto, extinguindo-o. Enfim, o que a metáfora de Hardin pretende mostrar é que o consumo irrestrito de um bem restrito leva à extinção desse bem pela sua superexploração.

A respaldar a teoria de Hardin, o precedente, sempre mencionado em obras de Economia Política, merece destaque. Em 1621, imigrantes europeus desembarcaram em Massachusetts e fundaram a colônia de Plymouth, acordando que a administração e o cultivo das terras seriam feitas de maneira comum por todos os colonos. Após dois anos da implantação desse sistema, a produção local era insuficiente até mesmo para o sustento das famílias ali radicadas. Como um colono aguardava que o outro trabalhasse mais que ele próprio, já que o resultado seria repartido de forma igual entre todos, concluiu-se que o sistema comunal era inoperante. Cada colono passou, então, a trabalhar somente na própria terra e Plymouth prosperou (FRANCISCO NETO, 2014). Confirmou-se, ademais, o que

Aristóteles já havia concluído há muito tempo: quanto mais donos, menor o cuidado (SIMBIÓTICA, s.d). Em tudo!

Baseados na teoria de Hardin e como é certo existirem menos recursos para o fornecimento de remédios do que requer a população, concluem os utilitaristas que é indispensável o desenvolvimento de critérios controladores da razoabilidade no julgamento dessa espécie de ações no caso concreto, a fim de não ser criada “uma inversão cruel em razão da escassez” (SANTOS, 2010), na qual se garanta mais direitos àqueles que possuem condições de socorrer ao Poder Judiciário, enquanto aos desfavorecidos restaria apenas as “sobras” que o Estado tem para lhe conceder.

Apontando os malefícios dessa judicialização, a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, gasta, anualmente (dados de 2007), trezentos milhões de reais, somente no cumprimento de decisões judiciais para fornecimento de remédios não padronizados, valor este, que segundo Luiz Roberto Barradas Barata, secretário de Saúde do estado de São Paulo em 2007, possibilitaria “construir seis hospitais de médio porte por ano, com 200 leitos cada (BARATA, 2014)”.

Seguindo esse entendimento, portanto, o recurso comum deve ser gerenciado, pois há diferenças entre o pensamento individual e o pensamento coletivo. A conclusão de Hardin de que “a liberdade dos comuns leva à ruína de todos” ganhou o *status* de lei científica, utilizada na construção de políticas de gerenciamento de recursos (PASSUELLO, 2013).

Apresenta-se, como exemplo, o aumento exponencial dos gastos do governo federal com esse tipo de ação: enquanto que em 2006 foram dispendidos R\$ 2,5 milhões no cumprimento de sentenças judiciais visando o fornecimento de medicamentos, somente no período de janeiro a julho de 2008 foram gastos R\$ 48 milhões com a mesma finalidade, o que representa um aumento de 1.920% no período de três anos (MOURA, 2009).

Argumentos aparentemente sólidos, irretorquíveis, não decorrentes de meras suposições ou sofismas, mas baseados em cálculos reais e demonstráveis. Os gestores públicos e demais responsáveis pelas políticas no setor da saúde asseguram procurar meios de estancar esse excesso de ações judiciais que, como na “Tragédia” de Hardin, beneficia somente um e prejudica os demais. Provado fica, portanto, que o patrimônio comum, quando explorado por muitos, premia comportamentos degradadores, punindo aqueles que são mais responsáveis.

3. A argumentação humanista

A demonstrar que o princípio internacional e constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito, também internacional e constitucional, à saúde não podem ser afrontados pelos entes públicos, na questão do fornecimento de medicamentos aos que deles dependem para sobreviver, lapidar a decisão do Supremo Tribunal Federal:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – 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 inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gestor irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...] O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000).

E quanto à alegada falta de recursos para o cumprimento de decisões judiciais desse jaez, em que pese a bem exposta fundamentação dos utilitaristas, parece que Garrett Hardin não pretendia somente demonstrar ser necessária a imposição de limites ao uso de recursos comuns, como maneira de se assegurar maior eficiência na distribuição desses mesmos recursos a muitos. Na análise dessa teoria, horizontes mais largos carecem ser divisados. Não se deve olvidar, por exemplo, que o subtítulo do artigo de Hardin é: "*The population problem has no technical solution; it requires a fundamental extension in morality*", o que deixa clara a preocupação do seu autor também com o aspecto moral do proceder humano envolvido na questão. E, neste ponto, o procedimento de muitos gestores públicos, exatamente os que mais reclamam da judicialização da saúde, deixa muito a desejar.

Exemplo evidente vem do Estado de Mato Grosso. Em 2009, necessitando de cuidados médicos por complicações decorrentes de gastroplastia realizada em Cuiabá, Terezinha Maggi procurou tratamento em dois dos mais conceituados hospitais do país: o Sírio-Libanês e o Albert Einstein, na capital paulista. Os gastos ficaram em R\$ 792.000,00 e a paciente recebeu ressarcimento integral desse gasto do MT-Saúde, plano que atendia servidores públicos e seus dependentes no Estado de Mato Grosso (JUSBRASIL).

O ocorrido causou revolta, porque aquele plano de saúde se encontrava tão combalido financeiramente que não conseguia oferecer nem mesmo consulta médica aos seus associados, por falta de dinheiro para pagamento de profissionais e também porque o mencionado ressarcimento colaborou para a sua falência (MÍDIA NEWS). Acrescente-se, ademais, que à época dos fatos Terezinha Maggi era primeira-dama do Estado, casada que é com o então Governador e atual Senador da República, Blairo Borges Maggi, o maior plantador individual de soja do mundo (DAMIANI). Eleito, pela Forbes, o segundo político mais rico do Brasil (MARINON, 2014), quando questionado acerca desse ressarcimento, o Senador Maggi respondeu: “Se eu tenho direito, eu vou atrás dos meus direitos” (SILVA, 2014). O caso gerou a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito na Assembleia Legislativa mato-grossense, que ainda se encontra em andamento (RD NEWS). Registra-se o comentário da jornalista Adriana Vandoni a respeito do caso: “Blairo reafirma a imagem que sempre tive dele. Sem um pingão de noção de moral” (VANDONI, 2014).

Se até os representantes do Executivo e Legislativo brasileiros, mesmo os milionários, agem dessa forma, fica difícil querer impedir que os pacientes pobres, que necessitam de um remédio para não morrer, também não exijam seus direitos.

Daí porque os reclamos de muitos desses gestores a respeito da judicialização da saúde somente poderá ser levado a sério quando eles também começarem agir da maneira que pregam. Fatos desse jaez desautorizam, totalmente, a utilização da Tragédia dos Comuns, visto que, repita-se, Garrett sustentou que os problemas dessa espécie não possuem soluções técnicas, mas exigem “uma ampliação fundamental da moralidade”.

O argumento da falta de recursos para o atendimento a todos que requerem a concretização do seu direito à saúde é amiúde invocado pelo Poder Público ao se defender em juízo, porém sem a devida apresentação de elementos probatórios dessa impossibilidade. E o ônus dessa prova, como é cediço, é de quem alega, ou seja, do próprio Poder Público.

Nesse sentido, lapidar a decisão do juiz federal no Ceará, George Marmelstein, proferida nos autos da ação civil pública nº 2003.81.00.009206-7, cujos requeridos eram a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, em que se discutia direito de acesso à saúde. Após fazer constar na Ementa o que segue: “feliz será o dia em que não for mais necessária a intervenção judicial na concretização do direito à saúde. Enquanto esse dia não chegar, esta decisão terá algum sentido”, o magistrado decidiu: “Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la”. E, citando Farena (1997), ainda fez consignar que não se pode permitir que esse tipo de alegação se converta "em verdadeira **razão de Estado econômica**, num AI-5

econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais". (Grifo no original).

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 previu o direito à saúde como de caráter fundamental e de aplicabilidade imediata, sendo dever do Estado concretizá-lo. Assim, a mera alegação de limitação orçamentária, em que pese a sua relevância, não pode constituir fator limitativo ao acesso das pessoas a este direito, constitucionalmente garantido. Estes fatos já levaram o Supremo Tribunal Federal a assim decidir:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana. (Pet. 1246-SC - Rel. Min. Celso de Mello – j. 31.01.1997).

4. Novas trilhas para a abordagem do problema

Para não ficar somente na cômoda e improdutiva posição de criticar sem apresentar rumos e ainda por se acreditar piamente que mesmo as correntes que não são adotadas têm a sua dose de razão, não se pode deixar de reconhecer como verdadeiras afirmações como as de Fernando Cupertino, representante do Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Este médico e professor afirmou que os interesses do mercado constituem as mais sérias ameaças ao Sistema Único de Saúde (SUS), pois “teimam em apresentar a saúde como um bem de consumo, e não como um direito de cidadania. Há uma participação ambígua do setor público e do setor privado na área da saúde que, em vez de serem complementares, são concorrentes” (CAMPOS, 2014). Muitas vezes a lógica do lucro faz com que os casos de maior complexidade e mais dispendiosos sejam arcados pelo setor público.

Interessante, nesse sentido, a proposta de Paulo César Salomão, Desembargador do Tribunal de Justiça carioca, de criar um conselho do qual participariam médicos e juristas, funcionando no âmbito dos Tribunais de Justiça, e que prestaria assessoria aos magistrados nas ações envolvendo demandas de medicamentos. Isso poderia colaborar em uma certa unificação e sistematização das sentenças nesse setor (CAMPOS, 2014).

Maria Célia Delduque, pesquisadora da Fiocruz, propõe alternativa à judicialização da saúde com a criação de núcleos de mediadores que buscarão resolver conflitos na esfera do SUS. Isso poderia evitar que muitas partes litigantes recorressem ao Poder Judiciário para a solução do conflito (CAMPOS, 2014).

Marcos Gouvêa apresenta interessante sugestão para aqueles casos nos quais o Poder Público efetivamente prova a impossibilidade financeira de cumprir a decisão judicial que lhe impôs a obrigação de fornecer medicamento a um doente. Baseado na regra processual que possibilita que terceiros cumpram, à expensa do devedor, uma obrigação de fazer, o Magistrado poderá determinar que uma farmácia dispense o fármaco requerido, com a obrigação de o Estado ressarcir-la. Sabendo-se das dificuldades de receber pagamentos do Poder Público, Gouvêa propõe que, em tais casos, o juiz autorize a farmácia a compensar essa despesa com o ICMS ou outro tributo. Apesar de as compensações tributárias exigirem lei que as autorizem, o caráter excepcional da prestação justificaria esse aval do Poder Judiciário (SILVA, 2009).

Considerações Finais

O Judiciário tem se revelado poder fundamental ao exercício da cidadania e à efetivação do direito humano internacional e constitucional à saúde no Brasil. Os magistrados, de uma maneira geral, têm-se mostrado sensíveis aos pedidos de acesso aos medicamentos quando o Estado se nega a fornecê-los.

Humanistas ou realistas, os magistrados deixam transparecer, nas suas decisões, que têm plena consciência de que, no Brasil, o acesso à saúde depende muito da condição financeira da pessoa e que a letargia dos demais poderes não deixa mudar essa realidade, em que pese a Constituição Federal de 1988 qualificar o direito à saúde como fundamental. E que, caso julguem improcedente o pedido, com muita certeza o autor da ação morrerá.

Os utilitaristas afirmam que os gastos do Estado para o cumprimento de decisões concessivas dos medicamentos essenciais à vida do requerente impedem ou dificultam a implementação de políticas de saúde aptas a atender a um elevado número de pessoas. Esquecem-se, no entanto, de mencionar que, caso não sejam cumpridas essas sentenças, seria ainda mais alto o número de pessoas que morreriam com a omissão estatal.

Em que pesem as críticas à judicialização da saúde, não se pode olvidar que, no direito, várias questões saíram do Judiciário com força para induzir inovações legais. As inúmeras sentenças obrigando o Estado a fornecer medicamentos para o combate à AIDS levaram o governo federal a constatar que o preço que o laboratório farmacêutico cobrava por antirretroviral, muito utilizado pelos portadores do HIV, era excessivo, quando comparado ao preço do mesmo medicamento em outros países. Isso levou o governo a licenciar compulsoriamente o fármaco, vulgarmente conhecido com “quebra da patente”. Considerada a primeira licença compulsória de um remédio no Brasil, proporcionou aos pacientes aidéticos

a continuidade do tratamento adequado e elevação do país a posição de vanguarda da terapia da AIDS.

Oxalá essa enxurrada de ações judiciais obrigando o Estado a fornecer medicamentos que não são padronizados pelo Ministério da Saúde, aos pacientes que não possuem condições de adquiri-los, sirva para a edição de uma legislação que privilegie os mandamentos constitucionais na importante área da saúde.

Por tudo isso é que se defende que a judicialização da saúde, além de assegurar às pessoas os seus direitos constitucionais, funcionam como instrumento para despertar o Poder Público da sua conhecida letargia, gerando debates e provocando ações que, certamente, servirão para o fortalecimento do nosso Estado Democrático de Direito. Favorecem, ademais, a implementação do supraprincípio internacional da dignidade da pessoa humana e devem ser saudadas como marcos contra a indiferença estatal e a favor da democracia.

Referências

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio (2014). **Concretização judicial do direito à saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos.** Publicado em [http://www.editoralex.com.br/doutrina_24871775_CONCRETIZACAO_JUDICIAL_DO_DIREITO_A_SAUDE_UMA_REFLEXAO_A_LUZ_DA_TEORIA_DOS_JOGOS.aspx]. Disponibilidade: 14/03/2014.

ALVES, José Eustáquio Diniz (2014). **COP-17 e o Aquecimento Global: tragédia ou regulação dos 'Bens Comuns'?**. Publicado em [http://www.ecodebate.com.br/2012/01/11/cop-17-e-o-aquecimento-global-tragedia-ou-regulacao-dos-bens-comuns-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/]. Disponibilidade em: 13/03/2014.

BARATA, Luiz Roberto Barradas (2014) **É positivo que o Estado seja obrigado por decisão judicial a fornecer certos medicamentos?** Publicado em [http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1703200708.htm]. Disponibilidade em: 25/02/2014.

BRASIL. STF. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – CE.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado em [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693]. Disponibilidade em: 12/03/2014.

BRASIL. STF (1997). **Petição 1246-SC.** Relator: Ministro Celso de Mello – j. 31/01.

BRASIL. (2003). **Ação Civil Pública nº 2003.81.00.009206-7.** Publicado em [www.saude.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/peticoes/uti/uti05.doc]. Disponibilidade em: 12/03/2014. Decisão do juiz federal no Ceará, George Marmelstein.

CAMPOS, Ana Cristina (2014) Congresso discute judicialização da saúde e manutenção da cobertura universal. **Portal EBC**. Publicado em [http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-02/congresso-discute-judicializacao-da-saude-e-manutencao-da-cobertura-universal]. Disponibilidade em: 12/03/2014.

CARVALHO, Rubens Miranda de (2014). **Dignidade humana, o super-princípio**. Publicado em [http://www.mirandadecarvalho.com.br/institucional/rubens/artigo49.shtml]. Disponibilidade em: 13/03/2014.

COMPARATO, Fábio Konder (2001) **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da (1997) A proteção da saúde do consumidor na ordem econômica: direito subjetivo público. **Revista de direito do consumidor**.

DAMIANI, Marco (2014) Blairo Maggi - Empreendedor do ano no agronegócio é o retrato do campo moderno. **Revista Isto É - Dinheiro**. Publicado em [http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/13644_BLAIRO+MAGGI]. Disponibilidade em: 12/03/2014.

FALCÃO, Fernando Antônio Jambo Muniz (2014) A função social da propriedade industrial. **Jus Navigandi**, 19 (3875). Publicado em [http://jus.com.br/artigos/26659]. Disponibilidade em: 22/02/2014.

FARENA, Duciran Van Marsen (1997). A Saúde na Constituição Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**, 4: 14.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco (2001) **Curso de direito ambiental brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

FRANCISCO NETO, João (2014). **A tragédia dos comuns**. Publicado em: [http://questionadora.blogspot.com.br/2011/05/tragedia-dos-comuns.html]. Disponibilidade em: 25/02/2014.

JUSBRASIL. **Aliados de Lúdio associam caos a Maggi; esposa teve R\$ 800 mil ressarcidos**. Publicado em: [http://o-documento.jusbrasil.com.br/politica/103668226/aliados-de-ludio-associam-caos-a-maggi-esposa-teve-r-800-mil-ressarcidos]. Disponibilidade em: 13/03/2014.

MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (2001) **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**, São Paulo: Juarez de Oliveira.

MÍDIA NEWS. **Crise no MT-Saúde - Tratamento de ex-primeira-dama vira polêmica eleitoral**. Publicado em [http://www.midianews.com.br/imprime.php?cid=138435&sid=263]. Disponibilidade em: 14/03/2014.

MONTORO, André Franco (1999) Cultura dos direitos humanos, in Direitos humanos – legislação e jurisprudência. **Série Estudos 12, V. I.** São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado.

MOURA, Eduardo Oliveira Decat de (2009). Parecer: a assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde. **Revista da AGU**, VIII (19).

PASSUELLO, Ana C.; OLIVEIRA, Celmar Corrêa de; MENDES, Carlos A. B. (2013) Dilemas ambientais em áreas urbanas: uma nova face da “Tragédia dos Comuns”. **Âmbito Jurídico**. Publicado em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=5929&n_link=revista_artigos_leitura]. Disponibilidade em: 11/03/2013.

RD NEWS. **Riva revela que CPI apura repasse a Terezinha; Maggi em saia-justa.** Publicado em [http://www.rdnews.com.br/eleicoes/riva-revela-que-cpi-apura-repasse-a-terezinha-maggi-em-saia-justa/37714]. Disponibilidade em: 13/03/2014.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio (2009) **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio (2014) O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Terra Magazine**. Publicado em [http://terramagazine.terra.com.br/blogdorizzattonunes/blog/2013/12/09/o-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana/]. Disponibilidade em: 13/03/2014.

SANTOS, Lenir (Org.) (2010). **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora.

SARLET, Ingo Wolfgang (2004) **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SCHEFFER, Mário (Org.) (2005) **Programa Nacional de DST e Sida: o remédio via justiça - Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais**. Brasília, DF: Ministério da Saúde.

SIMBIÓTICA. **O ambiente como um bem comum**. Publicado em [http://simbiotica.org/impacto.htm]. Disponibilidade em: 25/02/2014.

SILVA, Leny Pereira da (2009) **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Direito Público. Brasília: IDP.

SILVA, Marco Antonio Marques da (2001) **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira.

VANDONI, Adriana (2014) Então Blairo Maggi não tem noção do que seja moral. **Prosa e Política**. Publicado em [http://prosaepolitica.com.br/2012/10/22/blairo-maggi-nao-nocao-do-seja-moral/]. Disponibilidade em: 02/03/2014.