

DIREITOS HUMANOS COMO PROTEÇÃO À ACESSIBILIDADE DE MEDICAMENTOS

HUMAN RIGHTS PROTECTION AND ACCESSIBILITY OF MEDICINES

*Maria Luíza Bello Deud**

Resumo: O direito à saúde está garantido na Constituição Federal de 1988 como dever do Estado para prestar aos seus cidadãos. O fornecimento de medicamentos está atrelado ao direito à saúde. Nesse mesmo sentido invocam-se os diplomas internacionais estudados pelos direitos humanos. Assim sendo, não há razões do Estado que sustentem sua negativa em conceder os medicamentos indispensáveis ao tratamento médico dos pacientes.

Palavras-chave: Acesso a medicamentos. Direitos humanos. Reserva do possível.

Abstract: The right to health is guaranteed by the Constitution of 1988 as a duty of the State towards its citizens. The supply of medication is linked to the right to health. The same reasoning can be found in the international documents concerning international human rights. Thus, there is no support for the State's refusal in granting the necessary medication to treat patients.

Keywords: Access to medication. Human rights. *Reserva do possível*.

* Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).

1 Introdução

Os direitos humanos, presenciados com mais afinco após a Segunda Guerra Mundial, sempre trouxeram consigo grande carga axiológica, especialmente no que tange aos chamados direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida e o direito à saúde.

Esse “novo” ramo do direito, denominado direitos humanos, possui diplomas que regulam sua atuação no âmbito internacional, buscando o maior número de Estados partes que ratifiquem tais tratados visando integrar os países para caminhar rumo à paz mundial, com apoio à promoção da dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos fundamentais, destaca-se o direito à vida, elencado pela Constituição da República Federativa do Brasil como corolário à dignidade humana.

Inserido no contexto do direito à vida, encontra-se o direito à saúde, que é direito dos cidadãos e dever do Estado em prestá-lo, da melhor maneira possível, de forma ampla, irrestrita e ilimitada, para que todas as pessoas tenham acesso a médicos, hospitais, medicamentos e todos os demais tratamentos inerentes à manutenção e segurança da vida.

O ordenamento interno também tem sua previsão referente aos direitos fundamentais à vida e à saúde, conforme disposto nos artigos 5º, 6º, 196, da Constituição Federal de 1988 e em diversos dispositivos infraconstitucionais, dentre eles as Portarias e Resoluções emanadas pelo Ministério da Saúde (MS).

Diante das regulamentações, tanto no ordenamento jurídico interno como nos diplomas internacionais relativamente ao direito à saúde, intimamente ligado a este

existe o dever estatal em fornecer os medicamentos e, portanto, propomo-nos a verificar quais as razões do Estado ao negar o acesso a determinado medicamento, bem como se há o prevalectimento dos direitos humanos nesta questão.

2 O acesso aos medicamentos conforme enunciados prescritos na constituição federal de 1988

2.1 Artigo 1º, Inciso III, E Artigo 3º, Incisos I e IV, ambos da constituição federal de 1988

Estabelece o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 que:

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 fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, determina o artigo 3º, incisos I e IV, da Constituição Federal de 1988:

Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

IV – Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A dignidade da pessoa humana é, indiscutivelmente, valor supremo.

Agregado a essa ideia, temos o direito à saúde como direito fundamental, pois

assim o direito à vida tem efetividade. Tais direitos devem ser atendidos pelo Estado, conforme ditames de cunho constitucional, já que é um dos fundamentos pregados para a República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como centro das relações sociais, políticas, jurídicas e entre outros ramos do conhecimento o “indivíduo”. Aqui é necessário que se faça uma observação a respeito do conceito de indivíduo.

Para José Afonso da Silva (2003. p. 196-197), indivíduo é “todo ser dotado de vida”. E prossegue:

Todo ser dotado de vida é *indivíduo*, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de *ser*. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, *é uma pessoa*. [...] A *vida humana*, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A ‘vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo’. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana [...], o direito à privacidade [...], o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

Portanto, com a nova Constituição Federal trazendo essa noção de indivíduo e protegendo arduamente o direito à existência, observa-se que foi deixado de lado o

velho modelo vivenciado durante séculos, onde o indivíduo vivia em função do Estado, invertendo-se essa relação. Atualmente, é o Estado que vive para o indivíduo, leia-se, cidadão, oferecendo-lhe todos os meios para proteção de seus direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde.

Não é por acaso que muitos apelidaram a Constituição Federal de 1988 de “Constituição Cidadã”.

Partindo desse pressuposto, qualquer análise que seja feita das normas contidas no referido Diploma deve ter uma interpretação filosófica e ética em favor do ser humano, respeitados os limites de atuação do Estado e evidenciando-se a ideia de Justiça plena.

Ao tratarmos dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988, verificamos quais são os objetivos principais do Estado brasileiro para com seus cidadãos e que devem ser garantidos a fim de assegurar os direitos fundamentais, ou por meio de ações positivas ou ações prestacionais por parte do Estado.

Aqui se insere a questão dos medicamentos, que é tão problemática no nosso sistema.

O fornecimento de medicamentos para garantir o direito à saúde, e por consequência o direito fundamental à vida, requer do Estado uma ação positiva, uma ação em que o Estado garanta ao cidadão o fornecimento do medicamento indispensável para o tratamento daquele paciente.

E em assim agindo, estar-se-á dando efetivo cumprimento aos dispositivos da Constituição Federal de 1988 tratados no presente subitem (artigos 1º e 3º, CF/88).

2.2 Artigos 5º e 6º da constituição federal de 1988

Com relação ao direito à vida, disciplina o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, *garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (grifo nosso).

O artigo 6º, por sua vez, é o primeiro artigo referente aos Direitos Sociais, dentre eles o direito à saúde:

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

Os tribunais, em sua grande maioria, sustentam pela aplicabilidade dos dispositivos constitucionais suscitados para deferir os pleitos de medicamentos feitos pelos cidadãos por meio da tutela jurisdicional.

Acórdão que bem relata essa situação é o proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em Reexame Necessário e Apelação Cível autuado sob nº 311.119-7, da relatoria do juiz convocado Luis Espíndola:¹

Não há dúvidas de que a Administração deve se acautelar no fornecimento de remédios, porém, isso não pode servir de amparo para a prestação deficiente do serviço que lhe compete,

em razão da suposta inviabilização do sistema.

O direito à vida e, de forma indissociável, o direito à saúde são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente nos arts. 5º e 6º, *caput*, da Constituição Federal. Trata-se do direito primordial dos cidadãos, sem o qual de nada servem as demais garantias constitucionais. Assim, não pode ser admitida, sob qualquer justificativa, a negativa de fornecimento de medicamento necessário a preservá-la. A sua realização não se refere a um poder discricionário, e sim atuação administrativa vinculada. Ausência de violação ao princípio da separação de poderes.

A inexistência de previsão orçamentária também não justifica a recusa ao fornecimento do remédio, posto que uma vez que existe o dever do Estado, impõe-se a superação deste obstáculo através dos mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 delineou exatamente os objetivos e os fundamentos que garantem o direito à vida, merecendo interpretação ampla e sistemática do ordenamento jurídico, estendendo, naturalmente, o direito à vida ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, como tutor imediato de tal direito.

O Estado assume, portanto, um compromisso perante os cidadãos, em garantia aos princípios constitucionais fundamentais da vida, da saúde e do bem-estar das pessoas.

2.3 Do Artigo 196 da constituição federal de 1988

Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que

¹ Reexame Necessário e Apelação Cível nº 311.119-7, da 7ª Vara Cível de Londrina. 4ª Câmara Cível. Relator juiz convocado Luis Espíndola. Publicação no DJ em 30/6/2006.

virem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O referido artigo é preciso e especialmente destinado ao direito à saúde, sendo a referência para tanto. Dissecando o dispositivo constitucional elencado acima, podemos extrair cinco paradigmas:

(i) o direito à saúde é um direito subjetivo de todo cidadão, independentemente da condição em que esteja, isto é, todos os cidadãos, brasileiros ou estrangeiros, sendo de cor parda, branca ou negra, homem ou mulher, criança ou adulto etc., têm a saúde como direito constitucionalmente protegido;

(ii) esse direito do cidadão é obtido através de uma prestação obrigatória do Estado, uma vez que a Constituição Federal manifesta expressamente que se trata de um *dever do Estado*;

(iii) para o cumprimento deste *dever do Estado*, utilizará de políticas sociais e econômicas que viabilizem a prestação de todos os meios inerentes ao fornecimento de medicamentos ou quaisquer outros bens que sirvam a garantia ao direito à saúde;

(iv) atrelado ao direito à saúde, está a ideia da diminuição do risco de doença e de outros agravos, que se promoverá através do fornecimento de medicamentos;

(v) e, finalmente, também mencionado no item (i), o fornecimento de medicamentos para assegurar o direito à saúde deverá ocorrer de maneira universal e igualitária, pois todos têm direito a receber as ações e os serviços que promovam, protejam, e recuperem a saúde dos cidadãos.

Como modelo de política social na defesa do direito à saúde, a própria Constituição Federal se encarregou de criar e introduzir no país o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual deve ser provido e mantido de forma concorrente entre os entes da federação, nos termos do que dispõe o seu artigo 198, inciso I.

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo.

Assim, e visando regulamentar tal dispositivo constitucional, e para eficácia no plano da efetividade material à norma e aos princípios constitucionais, a Lei nº 8.080/90 veio regulamentar a proteção à saúde e ainda dispor, como preconiza seu preâmbulo, “[...] sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes [...]”.

Sobre esse tema, leciona José Afonso da Silva (2003. p. 807):

O *sistema único de saúde*, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelo princípio da *descentralização*, com direção única em cada esfera de governo, do *atendimento integral*,

com prioridade para as atividades preventivas, e da *participação da comunidade*, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro.

Diante disso, cabe ao Estado, de maneira incondicional, igualitária e justa, em cumprimento ao ditames legais, e acima de tudo ditames constitucionais, conforme tratado acima, garantir o direito à vida e à saúde, direitos estes que não podem ser afastados do direito à prestação de medicamentos.

3 O acesso aos medicamentos sob a ótica o estado

3.1 Artigo 196, CF/1988 – Norma de natureza programática

Conforme já mencionado, o artigo 196 da Constituição Federal garante o acesso a todo cidadão aos medicamentos que impliquem na melhora de seu estado de saúde.

Pois bem, a referida norma, no entender do Estado – leia-se da União –, dos estados federados, dos municípios e do Distrito Federal, é de natureza programática, ou seja, é uma norma estabelecida no texto constitucional, mas que requer outra legislação que a especifique e que lhe dê “efetividade” para os casos concretos, não sendo suficiente a menção ao artigo 196 da Constituição Federal de 1988 para que o Estado seja obrigado a prestar o medicamento pleiteado.

A respeito de normas programáticas contidas na Constituição Federal, esclarece Paulo Bonavides (2010, p. 245) que:

Com efeito, de todas as normas constitucionais a programática é indubitavelmente aquela cuja fragilidade mais suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de

pretexto cômodo à inobservância da Constituição.

[...]

Dentre as normas jurídicas, sujeitas todas ao inevitável influxo do desenvolvimento histórico, a programática é a que melhor reflete o conteúdo profundo dos valores em circulação e mudança na Sociedade, sendo por isso mesmo aquela cujo caráter técnico-jurídico mais fraco e impreciso se mostra. Aliás, um dos constitucionalistas da República de Weimar atentou indiretamente para esse aspecto das normas programáticas, ao asseverar que, em relação ao conteúdo espiritual dos direitos fundamentais, a baixa consistência do significado técnico-jurídico desses direitos faz com que nele se operem mudanças de fundamentos espirituais bem mais rápidas e desimpedidas do que em qualquer outro ramo do Direito Constitucional.

Posicionamento que não podemos deixar de mencionar sobre esse assunto é o lecionado por Luiz Roberto Barroso (1996, p. 103-104):

Também singulariza o documento constitucional a presença de normas que se dizem programáticas. Contém ela disposições indicadoras dos valores a serem preservados e os fins sociais a serem alcançados. Seu objetivo é o de estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação. Característica dessas regras é que elas não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras. Por explicitarem fins, sem indicarem os meios, investem os jurisdicionados em uma posição jurídica menos consistente do que as normas de conduta típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação.

Na redação do artigo 196, da Constituição Federal de 1988, verifica-se que os fins ali almejados serão “garantidos mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”. Pois bem, segundo razões do Estado, a própria Constituição Federal manifesta-se expressamente na necessidade de políticas sociais e econômicas para a efetivação do direito à saúde, englobando, logicamente, a questão dos medicamentos.

Seriam então essas políticas sociais e econômicas que requerem a elaboração de uma legislação ou de um programa devidamente instituído, que especifiquem quais os meios e os fins para regular esse direito, que inexistem apenas com a vigência do supracitado artigo 196 o direito subjetivo do cidadão em obter determinado medicamento pelo Estado.

Entretanto, segundo elementos levantados pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde (SCTIE/MS), bem como nas legislações que tratam do tema, há no Brasil alguns programas considerados políticas públicas referentes ao direito à saúde, devidamente implementados e que devem ser seguidos como parâmetro diante das numerosas dificuldades que o Estado encontra no fornecimento de medicamentos.

3.2 Dos programas de política pública de medicamentos

O primeiro deles trata do “Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional”, cujo objetivo é proporcionar à população medicamentos que têm qualidade comprovada e custo reduzido em relação ao medicamento pleiteado pelo paciente, que, via de regra, é de alto custo,

inacessível ao Estado, que tem o dever de atender a todos os cidadãos de maneira indistinta.

O referido programa está em consonância com a Política Nacional de Medicamentos aprovada pela Portaria GM/MS nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que determina que o Estado gerencie seu orçamento de modo a tratar igualmente todos os cidadãos que necessitem de tratamento médico continuado, e que não possuem recursos financeiros para suportar o preço do medicamento sem comprometer o sustento de sua família.

Assim dispõe parte da introdução constante na mencionada Portaria:²

A Política Nacional de Medicamentos, como parte essencial da Política Nacional de Saúde, constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. A Lei nº 8.080/90, em seu artigo 6º, estabelece como campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS) a ‘formulação da política de medicamentos [...] de interesse para a saúde [...]’.

O seu propósito precípua é o de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais.

A Política de Medicamentos aqui expressa tem como base os princípios e diretrizes do SUS e exigirá, para a sua implementação, a definição ou redefinição de planos, programas e atividades específicas nas esferas federal, estadual e municipal.

² Texto extraído da introdução à Portaria 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau delegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>.

Esta Política concretiza metas do Plano de Governo, integra os esforços voltados à consolidação do SUS, contribui para o desenvolvimento social do País e orienta a execução das ações e metas prioritárias fixadas pelo Ministério da Saúde.

Dentre diversas diretrizes que a Portaria institui como Política Nacional referente à distribuição de medicamentos estão: a (i) adoção de relação de medicamentos essenciais; (ii) regulamentação sanitária de medicamentos; (iii) reorientação da assistência farmacêutica; (iv) promoção do uso racional de medicamentos; (v) desenvolvimento científico e tecnológico; (vi) promoção da produção de medicamentos; (vii) garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; (viii) desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

Destacam-se, ainda, outros programas referentes à acessibilidade de medicamentos: (i) Portaria GM/MS nº 2.084, de 26 de outubro de 2005, que trata da assistência farmacêutica básica; (ii) Portaria GM/MS nº 2.577, de 27 de outubro de 2006, que aprovou o componente de medicamentos de dispensação excepcional ou de alto custo.

Nesses programas instituídos pelo Ministério da Saúde, há um corpo de profissionais médicos habilitados e competentes para analisar as doenças e disponibilizar aos cidadãos os respectivos tratamentos médicos ao alcance do Estado, com as especificações e benefícios que determinado tratamento poderá surtir no paciente.

Com tais programas, o Estado concretiza seu ideário de justiça com os recursos que lhe são disponíveis, em observância ao princípio da igualdade dos usuários de serviços públicos, no caso o fornecimento de

medicamentos, tratando de maneira isonômica todos os cidadãos que necessitem das ações afirmativas do Estado para recuperar sua saúde, garantindo-lhes dignidade.

3.3 Da independência dos poderes executivo, legislativo e judiciário – Artigo 2º da Constituição federal de 1988

Outro aspecto tratado pelo Estado em suas razões quanto às questões relativas ao fornecimento de medicamentos é a alegação de que o Executivo toma todas as providências ao seu alcance para melhor distribuir os remédios que estão à sua disposição, atendendo ao disposto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, que citamos acima com alguns exemplos dos programas instituídos pelo Ministério da Saúde.

A busca do Estado pela justa distribuição dos medicamentos e pelo fornecimento dos mesmos com custo mais baixo são objetivos que somente podem ser atingidos por meio de implantação de políticas públicas, a cargo do Poder Executivo, não podendo o Judiciário intervir nestas questões quando prescreve que o Estado forneça determinado medicamento que não está ao seu alcance em virtude de não se adequar às referidas políticas públicas – isto porque, se o Judiciário assim atuasse, estaria violando o disposto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que estabelece a independência e harmonia entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Estado realiza seu dever institucional e constitucional ao promover determinadas políticas públicas visando atender ao bem-estar de toda a população brasileira, da forma mais igualitária possível.

Para tanto, é desnecessário, e até mesmo ilegal, que o Poder Judiciário intervenha nas políticas públicas a cargo do Estado, e que assim o faz cotidianamente, sob pena de estar-se ferindo o princípio constitucional da separação dos poderes.

3.4 Do princípio da reserva do possível

O princípio da reserva do possível, tão debatido nos dias atuais, trabalha com a ideia de que todo recurso público deve ser distribuído para a melhoria do bem-estar da população de maneira ampla e geral, sem atender ou privilegiar determinados segmentos ou classes sociais. Ou seja, cabe ao Estado verificar se o valor disponível em seus cofres é suficiente para segmentar os recursos para determinados ramos de atividades, tais como a saúde, a educação, o lazer, a alimentação etc.

Nesse sentido, sustentam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2007, p. 189) que

[...] há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do

possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estrito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como fermento para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Cabe-nos aqui verificar como o princípio da reserva do possível está sendo aplicado no que diz respeito à saúde, onde está inserida a questão da distribuição dos medicamentos à população que deles precisa.

É argumento do Estado que, em virtude da enorme população brasileira e, por consequência, do número de casos médicos em que os pacientes/cidadãos precisam de medicamentos de alto custo, cabe ao próprio Estado tentar priorizar determinados tratamentos que abranjam o maior número de pessoas, de acordo com as condições do erário, em sintonia com o princípio da reserva do possível, também chamada de reserva da consistência.

Nesse sentido, quando o Poder Judiciário concede a um cidadão o direito de obter do Estado determinado medicamento que não está ao alcance deste último, acaba por ferir o princípio da reserva do possível, impedindo a efetiva realização das políticas públicas implementadas pelo Estado, visando à justa distribuição dos medicamentos a todos que necessitam e, conseqüentemente, colocando em xeque o direito constitucional à saúde.

O Estado não pode gastar além do que está reservado para determinado segmento social, ou seja, deve agir dentro do orçamento previsto para a saúde. E, concomitantemente a esse fato, é preciso que não se privilegie alguns poucos cidadãos, deixando milhares e milhares de pessoas desassistidas.

Os olhos do Estado devem estar atentos aos princípios da reserva do possível e da igualdade, que devem estar interligados umbilicalmente para a efetivação do valor supremo considerado Justiça.

Pois bem, sintetizando os argumentos do Estado, chegamos à seguinte conclusão:

(i) o Poder Público realiza constantemente políticas públicas em atendimento ao disposto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, considerado norma programática e, portanto, dependente de regulamentação específica para sua aplicação, visando um tratamento igualitário para toda a população brasileira;

(ii) por violar o princípio constitucional da separação dos poderes, não cabe ao Poder Judiciário interferir nas políticas públicas realizadas pelo Poder Executivo para cumprir determinações constitucionais e infraconstitucionais, principalmente as metas para atingimento de toda a sociedade com os medicamentos que lhe são apropriados; e

(iii) como cumprimento ao princípio da reserva do possível, e de forma a analisar a questão sob a ótica da realidade do Estado, este deve atender a todos os pacientes que necessitam de medicamentos, com os recursos à sua disposição, em atenção ao orçamento público destinado ao atendimento da saúde.

4 Os direitos humanos e o acesso aos medicamentos

4.1 Da declaração universal dos direitos humanos

Identificados os pontos constitucionais que tratam do direito à saúde, bem como delimitadas as razões do Estado quanto ao fornecimento dos medicamentos, passamos a analisar as vertentes dos direitos humanos e dos instrumentos internacionais que abordam o presente tema.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que tem

[...] como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, em promover o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição.

E prossegue em seus artigos III e XXV:

Artigo III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

[...]

Artigo XXV. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário,

habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Pois bem, analisando o conteúdo da referida declaração, observa-se com clareza que o Diploma protege o direito à saúde, alcançando o bem-estar dos cidadãos, concedendo o direito a obter cuidados médicos e serviços sociais, indispensável ao tratamento dos pacientes.

Tais premissas reforçam o caráter trazido pela Constituição Federal de 1988, considerando o Estado como um Estado do Bem-Estar Social ou, então, uma visão de um Estado assistencialista.

4.2 Pacto internacional dos direitos civis e políticos

Indo adiante, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, para assegurar o direito à vida e, conforme tratado no presente artigo, se estende ao direito à saúde, estabelece em seu texto (PARTE III) que: “Artigo 6º. 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

4.3 Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução nº 200-A (XXI)

da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de setembro de 1966, assim determina:

Artigo 12. Os Estados partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

[...]

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

4.4 Convenção americana de direitos humanos

Finalmente, cabe comentar o que a Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor em 18 de julho de 1978, disciplina sobre o assunto aqui abordado.

Já em seu Preâmbulo, afirma que os Estado Americanos signatários da presente convenção reafirmam “seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais” e reconhecem que “os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado,

mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

Convieram sobre referida convenção no que diz respeito ao tema do direito à saúde o seguinte: “Artigo 4º. Direito à vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Em protocolo adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado e aberto à assinatura pela Assembleia Geral da OEA, em 17 de novembro de 1988, entrando em vigor em 16 de novembro de 1999, há a seguinte determinação:

Artigo 10. Direito à saúde.

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

- a) Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
- b) Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição de Estado;
- c) Total imunização contra as principais doenças infecciosas;

d) Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;

e) Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e

f) Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

A temática posta a exame deve ser analisada da maneira mais ampla que a legislação aponte.

Portanto, deve se ter em conta, em especial, e conforme já mencionado, o artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A(III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, segundo a qual “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança social”. O artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, assim dispõe em seu inciso I: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido por lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

Finalmente, ainda sob a textura normativa, tem-se o contido no artigo 4º da própria Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), segundo o qual “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”.

Ao contrário das razões que o Estado vem alegando, teses estas elencadas no capítulo anterior, o que deve ser colocado em patamar superior é o direito que assegura o disposto no artigo 1º da Convenção

Americana, segundo o qual “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos [...]”.

A respeito deste importante instrumento legislativo, disserta Flávia Piovesan (2007, p. 88):

Substancialmente, a Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tal como ocorre com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. No universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito a não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade; o direito a um julgamento justo; o direito à compensação em caso de erro judiciário; o direito à privacidade; o direito à liberdade de consciência e religião; o direito à liberdade de pensamento e expressão; o direito à resposta; o direito à liberdade de associação; o direito ao nome; o direito à nacionalidade; o direito à liberdade de movimento e residência; o direito de participar do governo; o direito à igualdade perante a lei; e o direito à proteção judicial.

O direito à vida, como supramencionado, encontra previsão expressa não apenas como vertente ideológica ou com eventual intuito programático. Ao contrário, trata-se de regra fundamental da própria fundação dos Estados enquanto entes direcionados a servir ao cidadão. Não se pode contrapor a direitos de magnitude superior e fundamentais não apenas ao exercício da atividade estatal, mas sim inerentes à sua própria funcionalidade – entre os quais o direito à vida –, argumentos de ordem econômica, técnica ou de índole política.

O Estado é servo e servil ao ser humano, prestando-se a assegurar o exercício da vida; e não o oposto, isto é, viabilizar a preponderância de argumentos particulares quando em confronto com valores imanentes à natureza do indivíduo.

Ricardo Lobo Torres (1999, p. 251) cunhou de maneira bem precisa o conceito de “cidadania jurídica”, segundo o qual a cidadania somente poderia ser plenamente exercida se embasada nas ideias de direitos humanos e justiça em sentido ontológico, passando bem ao largo das concepções atreladas ao Estado nacional:

[Define-se] cidadania, a nosso ver, como o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres [...]. A cidadania já não está ligada à cidade nem ao Estado Nacional, pois se afirma também no espaço internacional e supranacional. Apenas as ideias de direitos humanos e de justiça social podem constituí-la no sentido ontológico.

Ou seja, é direito do sujeito, enquanto cidadão de um Estado que possui enorme arcabouço defendendo o direito à vida em sua plenitude, o acesso universal e gratuito aos medicamentos.

Os direitos humanos, também nessa linha de pensamentos, e com significativa expressão no campo interno, iluminam o direito à vida, à saúde, como ícones para chegar-se coerentemente ao ideário almejado para a construção e edificação dos direitos fundamentais, especialmente o direito à dignidade humana, tão expressamente tratado pelos diplomas internacionais, conforme abordado anteriormente.

Os direitos humanos – de acordo com o já mencionado, teve origem no pós-guerra,

após as inúmeras afrontas aos direitos do ser humano enquanto pessoa dotada de dignidade que deve ser atendido pelo Estado-Maior – trouxeram em seu cerne o objetivo de promulgar diplomas internacionais que fossem de adesão do maior número de Estados possível, para que em todos eles crescesse o ideário de justiça, de fraternidade e de dignificação da pessoa humana.

Novamente nos dizeres de Flávia Piovesan (2007, p. 11-12):

Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade da pessoa humana. [...]

Daí a primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.

Vê-se claramente que todos os sistemas internos que regulam as bases do Estado devem ser construídos com vistas a atender princípios que orbitam em torno dos diplomas internacionais dignificando a pessoa humana.

Portanto, não pode emergir outra conclusão senão a de que tanto pelo ordenamento jurídico interno quanto pelos diplomas internacionais o direito à vida, o direito à saúde e, sendo assim, o dever de fornecer medicamentos indispensáveis ao fortalecimento daqueles, cabe ao Estado, como detentor do poder constitucional, elaborar políticas públicas que visem a melhora da qualidade de vida, em atenção à dignidade

humana, para garantir tais direitos e cumprir a ordem prevista nos artigos 5º, 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, e os diplomas internacionais em que o Brasil figura como Estado Parte.

Tais considerações refutam toda argumentação trazida pelo Estado em sua defesa, quando é postulado judicialmente e muitas delas compelido a fornecer medicamentos aos cidadãos.

Isso porque, e especialmente, a norma programática supostamente trazida pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988 não é subsídio para sustentar a negativa de fornecimento de medicamentos, por algumas razões que podem ser resumidas em duas situações.

Primeiro porque as políticas públicas estão devidamente instituídas no campo legislativo (conforme especificado no Capítulo 2 do presente artigo), como as Portarias do Ministério da Saúde, que regulam situações específicas, e também o já explicitado Sistema Único de Saúde.

Segundo porque as políticas públicas até então apresentadas pelos governos são dotadas da característica da efetividade, ou seja, produzem efeitos concretos na sociedade, impondo ao Estado o dever de garantir o direito à saúde da forma mais ampla e irrestrita para o benefício da sociedade.

Em relação à questão da “reserva do possível”, trata-se, por fim, de razões enaltecidas pelo Estado, que prega pela divisão equitativa dos recursos à sua disposição, aduzindo que não é possível atender a tudo que lhe é solicitado. Entretanto, no entendimento predominante e que se extrai do contexto sistemático dos diplomas que tratam dos direitos humanos, tal argumento

do Estado deve ser repudiado, pois se trata de uma questão eminentemente política, de cunho orçamentário e financeiro, sem levar em consideração o acesso irrestrito e o dever do próprio Estado de garantir o direito à saúde com o fornecimento dos medicamentos necessários para tanto, normas estas estabelecidas tanto pelos direitos humanos, ramo transversal a todos os demais ramos do direito, como pela Constituição Federal de 1988.

5 Conclusão

Após a análise dos dispositivos tratados no presente artigo, bem como da doutrina que revela a atuação e transversalidade dos direitos humanos, outra conclusão não emerge senão da prevalência destes regulamentos, que norteiam as leis produzidas no campo interno no tocante aos direitos fundamentais.

Os direitos humanos protegem e consagram o direito à vida e à saúde em todos os diplomas internacionais, pois todos eles visam à cooperação dos Estados em promover políticas públicas de incentivo à dignificação da pessoa humana.

Também nesse sentido está disposto expressamente e em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 a incumbência do Estado na elaboração de políticas públicas que atendam às necessidades da população referentes à acessibilidade a medicamentos para todos de maneira geral.

Para tanto, os argumentos do Estado quanto à negativa em fornecer os medicamentos aos seus cidadãos devem ser imediatamente rechaçados, visto que a maioria de suas razões diz respeito a questões de cunho político e econômico, os quais não podem

prevalecer frente à magnitude do direito à vida.

Referências

- BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, p. 189, out./dez. 2007. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 1 set. 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Renovar, 1999.