

## ACESSO A PRODUTOS DE SAÚDE

### EM BUSCA DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PROGRESSIVA

**“Garantir saúde é muito mais do que fornecer medicamentos, passando inexoravelmente pela disponibilização dos produtos necessários à vida em condições mínimas de salubridade e dignidade. Isto inclui a entrega graciosa de fraldas e alimentos especiais, como forma de efetivação das leis democraticamente elaboradas, em especial a Lei Maior da República.”**

■ POR **JOÃO CARLOS NAVARRO DE ALMEIDA PRADO**

#### SITUANDO A PROBLEMÁTICA

A Defensoria Pública paulista tem conseguido, com significativo sucesso, a obtenção de medicamentos para as mais variadas doenças, em especial para diabetes, considerando o elevado valor de algumas insulinas, inacessível para muitos cidadãos. Assim, não há dificuldades em se ingressar com uma medida judicial e, em menos de um mês (por vezes até antes de uma quinzena), obter-se uma tutela antecipatória determinando o fornecimento imediato do fármaco necessário. Nas poucas vezes em que este pleito é negado, junto às Varas da Fazenda Pública da Capital, a medida é obtida no Tribunal de

Justiça, em sede de agravo de instrumento com manejo de antecipação dos efeitos da tutela recursal, o chamado *efeito ativo*.

Já no tocante a fornecimento de produtos outros, também voltado ao tratamento de enfermidades, como fraldas e alimentos especiais, a controvérsia se instaura, estando a jurisprudência longe de um consenso.

Assim, pretende-se analisar se o direito constitucional à saúde (art. 196 da CRFB) abrange unicamente o fornecimento de medicamentos *stricto sensu*, i.e., produtos farmacêuticos dotados de princípios ativos profiláticos; ou, de outra banda, inclui, também, demais produtos necessários a mais ampla e adequada terapêutica ao paciente.

#### A NECESSIDADE DE FRALDAS

No caso de pessoas vitimadas por eventos causadores de paralisia que afeta o controle das funções fisiológicas, ou de pessoas portadoras de anomalias congênitas com a mesma implicação – mais comumente a paralisia cerebral –, a utilização de fraldas torna-se uma necessidade de vida.

As fraldas descartáveis passaram a ser utilizadas em larga escala nos anos 70 e 80, como material praticamente exclusivo na higiene dos bebês, simplificando hábitos e tarefas.<sup>1</sup> De sofisticado material de higiene, tornou-se gênero de primeira necessidade para pacientes com paralisia cerebral, de neonatos a idosos. ▷

Quando pleiteadas em juízo, há uma divisão tanto na primeira como na segunda instância paulista, havendo magistrados que entendem cabível o pedido à semelhança de outros gêneros medicamentosos, e outros que o denegam sob o argumento de que *fraldas não são medicamentos*.

A controvérsia foi levada recentemente ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, à luz da assistência terapêutica integral, incluindo a farmacêutica, consubstanciada na Lei do SUS (Lei nº 8.080/90); e no direito social constitucional à saúde (arts. 6º e 196 da Carta Constitucional), ainda aguardando apreciação. Na oportunidade, este subscritor teve a oportunidade de sustentar, *in verbis*:<sup>2</sup>

É de se salientar, outrossim, que a mãe do recorrente já tentou proceder a utilização de fraldas de pano, restando estas infrutíferas, já que o postulante facilmente as retirava.

É certo, assim, que o não-fornecimento do material pleiteado poderá causar graves transtornos para a higiene e a própria saúde do jovem M.G.

Isto porque o recorrente não tem o pleno controle das funções fisiológicas – controle esfincteriano –, de sorte que o acúmulo de fezes e urina pode trazer graves complicações à saúde do paciente, como inflamações e até infecções. Para alguém que já apresenta um quadro clínico debilitado, as conseqüências podem ser ainda piores.

Nesse diapasão, a interpretar-se que o Estado tem apenas e tão-somente o dever de fornecer medicamentos propriamente ditos, considerando-se fraldas como meros itens supérfluos de higiene, afasta-se da exegese constitucional de assegurar o direito à saúde em sua plenitude para ater-se à letra fria e técnica da lei, que muitas vezes diz menos do que pretendia.

Se, num determinado contexto fático, poder-se-ia entender que os pais têm o dever de prover às necessidades básicas dos filhos e que itens "de luxo", como fraldas descartáveis, devem ser custeados de acordo com as possibilidades dos pais, o caso concreto impõe um olhar diametralmente oposto.

Em um país tão vasto e desigual como o Brasil, pessoas acometidas de enfermidades físicas ou mentais incuráveis, como o ora recorrente, não podem ser entregues à própria sorte, sem que o Estado forneça os subsídios necessários para que aqueles que não podem, por si sós, promover sua existência digna.

Afinal, se a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil, não se pode adotar uma concepção de Estado puramente liberal e egoística em que caiba a cada um alcançar os meios para viver dignamente. Os direi-

tos sociais nasceram justamente da necessidade do Estado fazer muito mais do que cruzar os braços e não violar as ditas liberdades clássicas dos indivíduos!!!

Resta aguardar que o *Tribunal da Cidadania* e o *guardião da Constituição*, bem como o Poder Judiciário como um todo, tenham a sensibilidade necessária para analisar o problema em torno dos ditames constitucionais envolvidos, realizando uma interpretação constitucional progressiva do direito à saúde. Afinal, não se trata de questão de higiene estética, mas de saúde preventiva, inibindo os riscos de infecções e a piora de pacientes com paralisia cerebral, já debilitados sob muitos aspectos. É dizer: higiene e saúde se confundem para tutela da vida humana em condições dignas.

Acrescente-se, outrossim, o fato de que as fraldas constituem, em casos tais, uma necessidade que acompanhará o paciente diariamente e por toda a sua vida, devido à irreversibilidade da paralisia cerebral. Portanto, para uma família de poucos recursos financeiros, que já despende tempo e dinheiro nos cuidados permanentes com o ente debilitado, o custo de tal material torna-se, por vezes, inacessível.

Ciente da problemática, o Tribunal de Justiça paulista tem feito prevalecer, em alguns julgados, o direito à saúde em toda sua plenitude:

OBRIGAÇÃO DE FAZER – Autor acometido de paralisia cerebral – Necessidade de fraldas descartáveis – Prescrição médica – Higiene é fator indispensável para a saúde – Obrigação do Estado em fornecê-lo – Acesso universal à saúde constitucionalmente garantido, assim como a preservação da dignidade humana – Estatuto da Criança e do Adolescente que atribui caráter de direito fundamental à saúde e vida digna, com a previsão de prioridade e privilégio nos recursos públicos – Aplicabilidade imediata das normas pertinentes – Possibilidade de apreciação da questão pelo Poder Judiciário – Recursos oficial e voluntário não providos. (...)

4. No caso específico dos autos, o fornecimento de fraldas descartáveis é item indispensável à vida digna e saudável da criança com paralisia cerebral. Sabidamente, a higiene é fator imprescindível para manutenção da saúde, de forma que o pedido inicial recebe amparo legal e constitucional, estando devidamente comprovada a necessidade de fraldas descartáveis por declaração de médico da Associação de Assistência às Crianças Deficientes. (Apelação Cível com Revisão nº 552.554.5/7-00; Rel. Des. Henrique Nelson Calandra; Segunda Câmara de Direito Público; j.16.01.07.)

OBRIGAÇÃO DE FAZER – Portadora de moléstias decorrentes de AVC sofrido – Demanda julgada procedente para fornecimento de fraldas descartáveis – Apelo e Reexame necessário – Argumentos de mérito inconvincentes – Dever de prestação estatal – Reexame necessário desacolhido e apelo desprovido. (Apelação Cível com Revisão nº 163.942-5/4-00; Rel. Des. João Carlos Garcia; Nona Câmara de Direito Público; j. 20.07.07.)

Destarte, a utilização de fraldas descartáveis deve ser assegurada a toda população, não somente a quem pode suportar tal despesa. Trata-se de uma exigência de igualdade material de acesso à saúde, subsidiada no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, valores supremos da Lei Republicana Fundamental (arts. 5º, *caput*, 1º, inciso III, 196 e 198, inciso II).

### ALIMENTOS ESPECIAIS PARA RECÉM-NASCIDOS

Questão menos polêmica, mas que também é digna de nota, diz respeito aos diuturnos pedidos de alimentos especiais. No caso, pacientes alérgicos à proteína do leite bovino (lactose) não podem suprir as necessidades de consumo diário de nutrientes sem os alimentos recomendados pelos médicos pediatras.

Da mesma sorte que as fraldas, tais alimentos não constituem medicamentos propriamente ditos, mas são indispensáveis para garantia do direito à saúde, aqui consubstanciado no crescimento saudável de infantes cujos pais não podem adquirir tais insumos.

Neste caso, a Carta de Outubro foi categórica em assegurar, às crianças e adolescentes, dentre os deveres da família, da sociedade e do Estado, com absoluta prioridade, além dos direitos à vida, saúde, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, o direito à alimentação, *ex vi* da cabeça do art. 227.

Fora de dúvidas, portanto, o dever do Estado de fornecer os alimentos necessários àqueles neonatos que, pela sua condição de hipossuficiência e quadro alérgico, não podem satisfazer, com a alimentação tradicional, as exigências nutricionais diárias.

Devido à relevância da matéria, é digna de ênfase a proposta de emenda constitucional que inclui o direito à alimentação entre os direitos sociais do art. 6º da Lei Maior (PEC nº 47/03, de autoria do Senador sergipano Antonio Carlos Valadares).<sup>3</sup> Trata-se de um esforço para concretizar a Segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Viena – Áustria, em 1993, que incluiu o direito

à alimentação entre os direitos humanos fundamentais. Sendo a fome um problema mundial de causas socioeconômicas, administrador, legislador e julgador devem fazer sua parte, cabendo à Defensoria Pública patrocinar tais interesses, no desempenho de sua missão constitucional de acesso à justiça de pessoas carentes, *ex vi* dos arts. 5º, inciso LXXIV e 134, *caput*.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, impende ressaltar o papel do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas e o da Defensoria Pública em instar aquele sempre que necessário à garantia irrestrita ao direito à saúde, suprindo as omissões do administrador.

Um país ainda em desenvolvimento deve zelar pelos direitos dos mais necessitados para que o crescimento econômico não se dê apenas nas camadas mais elevadas da população, aumentando o hiato que separa ricos cada vez mais ricos e pobres cada vez mais pobres.

Não se trata de impor uma concepção político-ideológica qualquer, mas a concepção escolhida pelo constituinte de 1988 ao fundar as bases de um Estado Social-Democrático de Direito, que tem como missão a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza e da marginalização.

Nessa perspectiva, garantir saúde é muito mais do que fornecer medicamentos, passando inexoravelmente pela disponibilização dos produtos necessários à vida em condições mínimas de salubridade e dignidade. Isto inclui a entrega graciosa de fraldas e alimentos especiais, como forma de efetivação das leis democraticamente elaboradas, em especial a Lei Maior da República. Assim, incumbe ao Judiciário zelar pelos mais desfavorecidos do ponto de vista socioeconômico, prestigiando os pleitos da Defensoria Pública no desempenho de suas atribuições institucionais.

As mortes provocadas por infecções pelo não-uso de fraldas, ou por desnutrição pela falta de alimentos especiais são irreversíveis,

frutos da omissão estatal que, numa espécie de ortotanásia, queda-se inerte à espera da convalescença final, do último suspiro. Quando instado a se manifestar, deve o Judiciário fazer uso de suas prerrogativas constitucionais, aplicando e garantindo o cumprimento das normas jurídicas com observância de seus fins sociais (art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil), sob pena de ser conivente com a morte causada por quem se negou a administrar, omitindo-se em executar a lei, de ofício.

A *sensibilidade do julgador* que aqui se apregoa foi muito bem captada neste julgado emanado do Superior Tribunal de Justiça, prestigiando a tese ora defendida:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA – ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1. A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos arts. 6º e 196.

3. Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua

sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328-R5, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11.05.99; STJ, REsp nº 249.026-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26.06.00).

4. Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de serem ou não as regras dos arts. 6º e 196 da CF/88 normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196).

5. Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida. (Destaquei.)

6. Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos. (Destaquei.)

7. Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente.

(RMS nº 11.194-PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 04.09.00.)

Somente uma interpretação progressiva do direito à saúde, abrangendo todos os consectários a ele inerentes, poderá evitar que a Constituição brasileira não seja um monumento jurídico que não vá além de algumas *folhas de papel*, como já nos alertou FERDINAND LASSALLE<sup>4</sup> há mais de um século e cuja lição ainda permanece atual. ■

### NOTAS

1 Informações extraídas do site *Naturalink*. Acesso em 26 de fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.naturalink.pt/canais/Artigo.asp?iArtigo=2317&iCanal=9748&iSubCanal=9753&iLinha=1>.

2 Razões de recurso especial e extraordinário na Apelação Cível nº 617.105-5/6. Processo de origem nº 053.06.103262-6, em trâmite na 13ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo.

3 A proposta recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça em 02.03.07. Em 20 de novembro do mesmo ano, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados decidiu por apensá-la à PEC nº 64/07, de autoria do médico e Deputado piauiense Naza-

reno Fonteles, que visa acrescentar ao art. 6º da Constituição Federal o direito à alimentação e à comunicação, para apreciação conjunta por Comissão Especial a ser oportunamente constituída para a análise da matéria (publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 21 de novembro de 2007, p. 62252). Até 26.02.09, não houve qualquer andamento na Câmara dos Deputados sobre ambas as proposições.

4 Conferências proferidas aos operários da Prússia, em 1862, na cidade de Berlim, sob a rubrica *O Que é Uma Constituição? e E Agora?*, publicadas no Brasil sob o título *O Que é uma Constituição? (Líder) e A Essência da Constituição* (Lumen Juris).