

O DEVER DOS TRIBUNAIS DE DIZER “NÃO” E O CASO DA LIBERAÇÃO DA FOSFOETANOLAMINA

Sâmela Cristina de Souza¹

Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer²

Atualmente o Poder Judiciário no Brasil tem enfrentado questões que inicialmente poderia se entender fora de sua competência. Justificam se tais decisões na inércia dos demais poderes e na exigência da Constituição Normativa de que os direitos fundamentais sejam efetivados. Há um ativismo judicial muito presente. Mas, isso não se dá apenas porque os magistrados se julgam competentes para decidir todas as questões, mas principalmente porque há uma demanda por essas questões, demanda por efetivação de direitos a muito esquecidos.

A população reconhece no Judiciário um poder capaz de resolver seus problemas, que não teriam sido solucionados de forma adequada por meio do executivo ou do legislativo. Observa-se, portanto, nesse contexto a judicialização de políticas públicas e o arvoreamento do judiciário em temas que caberiam ao Legislativo deliberar.

No âmbito da saúde essa demanda pelo Judiciário é recorrente. O reconhecido direito social à saúde que no plano do executivo convive com decisões difíceis de alocação de recursos, no judiciário passa a ser vislumbrado apenas na ótica do direito o que gera decisões por vezes impossíveis de universalizar possibilitando um tratamento diferenciado àquele que demandou, mas que não será dispensado àqueles que não possuem condições técnicas, financeiras ou informacionais para fazê-lo.

¹ Mestranda em direitos e garantias fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória. Membro do Grupo de Pesquisas BIOGEPE- Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à saúde e Bioética.

² Livre Docente pela UniRio; Doutora em Bioética pela UnB; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais e de Pesquisa da FDV; Coordenadora do BIOGEPE - Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética; Professora associada aposentada da UFES.

Tendo em vista essas premissas postas, a preocupação desse trabalho é a necessidade de que nossos magistrados tomem consciência de sua responsabilidade social na tomada de decisões e optem, quando necessário pelo “não” mesmo em matérias relacionadas ao direito à saúde.

Diante dessa preocupação a proposta desse trabalho é analisar a decisão do STF que exigiu que a Universidade de São Paulo fornecesse a fosfoetanolamina sintética para o paciente e sua repercussão no Tribunal de Justiça de São Paulo que estendeu essa liberação aos demais pedidos que já haviam sido realizados.

A fosfoetanolamina é uma substância química e segundo o Instituto de Química de São Carlos³ foi estudada de forma independente pelo Prof. Dr. Gilberto Orivaldo Chierice. Esses estudos independentes envolveram a metodologia de síntese da substância e contaram com a participação de outras pessoas, inclusive pessoas que não têm vínculo com a Universidade de São Paulo.

Segundo o mesmo Instituto⁴ algumas pessoas tiveram acesso à fosfoetanolamina produzida pelo citado docente (e por ele doada, em ato oriundo de decisão pessoal) e a utilizaram para fins medicamentosos.

Em Junho de 2014, porém, foi editada a Portaria do Instituto de Química de São Carlos nº1389/2014 determinando que as substâncias medicamentosas só poderão ser produzidas e distribuídas pelos pesquisadores do Instituto de Química de São Carlos mediante a prévia apresentação das devidas licenças e registros expedidos pelo Ministério da Saúde e ANVISA.

A notícia da existência dessa substância e de seu possível potencial para a cura do câncer acabou se espalhando pelas redes sociais gerando uma demanda judicial em grande escala pleiteando que a USP libere a substância para uso. Somente no Tribunal de Justiça de

³ Instituto de Química de São Carlos. **Esclarecimentos à sociedade**. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>>. Acesso em: 23 de out. de 2015

⁴ Instituto de Química de São Carlos. **Esclarecimentos à sociedade**. Disponível em: <<http://www5.iqsc.usp.br/esclarecimentos-a-sociedade/>>. Acesso em: 23 de out. de 2015

São Paulo em uma busca rápida de jurisprudência é possível encontrar 144 processos⁵ pleiteando o fornecimento da substância Fosfoetanolamina sintética.

O problema que se apresenta é que a Universidade de São Paulo em nota declarou o seguinte:

Em respeito aos doentes e seus familiares, a USP esclarece:

Essa substância não é remédio. Ela foi estudada na USP como um produto químico e não existe demonstração cabal de que tenha ação efetiva contra a doença: a USP não desenvolveu estudos sobre a ação do produto nos seres vivos, muito menos estudos clínicos controlados em humanos. Não há registro e autorização de uso dessa substância pela Anvisa e, portanto, ela não pode ser classificada como medicamento, tanto que não tem bula.

Além disso, não foi respeitada a exigência de que a entrega de medicamentos deve ser sempre feita de acordo com prescrição assinada por médico em pleno gozo de licença para a prática da medicina. Cabe ao médico assumir a responsabilidade legal, profissional e ética pela prescrição, pelo uso e efeitos colaterais – que, nesse caso, ainda não são conhecidos de forma conclusiva – e pelo acompanhamento do paciente.

Portanto, não se trata de detalhe burocrático o produto não estar registrado como remédio – ele não foi estudado para esse fim e não são conhecidas as consequências de seu uso.⁶

Assim, liminares estão sendo concedidas exigindo a distribuição de uma substância que sequer se sabe ser adequada ao tratamento do câncer e ainda, sendo desconhecidos seus efeitos colaterais. O ativismo judicial tem chegado a esse ponto de permitir que os magistrados passem por cima de decisões técnicas sem ao menos terem qualificação para tanto. Ora, por que o medo de dizer não tem falado mais alto? O não hoje a liberação dessa substância pode, mesmo que pareça paradoxal, representar o sim que tanto se quer na garantia do direito a vida.

Como se não bastassem as decisões em caráter liminar expedidas pelos juízes sem qualquer informação adequada e ainda sem qualificação técnica para avaliar a informação caso existisse, o ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu liminar suspendendo decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que impedia

⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo. **Consulta Completa.** Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 23 de out. de 2015

⁶ Universidade de São Paulo. **Os fatos sobre a fosfoetanolamina.** Disponível em <<http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>> Acesso em: 23 de out. de 2015

uma paciente de ter acesso a substância contra o câncer fornecida pela Universidade de São Paulo (campus de São Carlos).

Além da decisão do Ministro Fachin, e em razão dela, apesar de seu efeito ser inter partes, o presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, desembargador José Renato Nalini reconsiderou o pedido de suspensão de entrega da substância fosfoetanolamina – formulado pela Fazenda do Estado de São Paulo. O pedido anterior de suspensão foi atendido, mas, reconsiderado após a decisão do STF.

Convive-se então com dois problemas, além do ativismo a decisão acrítica e fora do caso concreto quando há a liberação da substância para todos os casos no TJ SP independente da verificação da real necessidade.

Deve ser reconhecida a saúde como direito, mas nesse caso, em específico, a questão que se pretende discutir no trabalho é: o ativismo judicial no caso da fosfoetanolamina reconhece o direito à saúde ao dizer sim, ou o fere de morte?