

## DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A DETERMINAÇÃO JUDICIAL PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

*Marcos César Botelho*

Advogado da União; Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino; Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF; Professor Titular do curso de Direito nas Faculdades Integradas de Jaú/SP

### INTRODUÇÃO

O fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo pelo Estado, sobretudo quando envolve determinação judicial, tem despertado intensos debates.

Estes debates abarcam a separação dos Poderes e a possibilidade de o Judiciário determinar a realização de políticas públicas, a escassez de recursos e a necessidade de proteção adequada ao direito fundamental à saúde.

A importância desta discussão levou o Supremo Tribunal Federal a realizar audiência pública para ouvir opiniões dos mais diversos segmentos da sociedade, tamanha a controvérsia que envolve o tema.

O presente artigo visa discutir o fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo pelo Estado por determinação do Poder Judiciário, analisando o tema à luz das ideias de Klaus Günther e Jürgen Habermas.

O desiderato é tratar do tema considerando o direito à saúde como direito fundamental que exige do Estado não apenas medidas positivas, mas a implementação de ações de proteção e respeito a esse direito. Além da análise do modelo de Günther e Habermas, buscar-se-á mostrar que a determinação judicial para o fornecimento de medicamentos deve considerar não apenas o caso concreto, com suas nuances, mas três parâmetros, a saber: o princípio da máxima efetividade, da proteção ao núcleo essencial do direito e da proibição da proteção insuficiente.

O desenvolvimento do artigo observou, portanto, a necessidade de enquadramento da saúde enquanto direito social fundamental, o que exigiu, primeiramente, a sua conceituação, pas-

sando pela análise da proposta de Abramovich e Courtis de superação da tradicional distinção entre direitos de defesa e direitos prestacionais.

Em seguida, foram abordados os principais aspectos da proposta de Klaus Günther de fundamentação e aplicação do direito, modelo que posteriormente foi incorporado por Jürgen Habermas, e que aponta para a necessidade de se considerar a norma como impregnada de caso, o que levaria a sua aplicação com fundamento na necessidade de adequação e coerência ao caso concreto.

No passo seguinte foram estabelecidos três parâmetros como necessários para que o modelo de Günther e Habermas tenha maior eficácia, a saber: o princípio da máxima efetividade, da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e da proteção ao núcleo essencial da norma, culminando com uma apreciação do papel judiciário na determinação de fornecimento de medicamentos e as exigências para que tal determinação cumpra o papel de concretizar o direito fundamental à saúde sem ocasionar a desestabilização do ordenamento jurídico.

### 1. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Diretamente ligado à vida, a saúde é um dos principais direitos fundamentais sociais, situado, portanto, nos chamados direitos fundamentais de segunda geração ou segunda dimensão.

Compreendida inicialmente como a ausência manifesta de doença, a saúde apresenta diversos outros aspectos importantes que não podem ser ignorados.<sup>1</sup>

Curiosamente, nos tempos do Antigo Testamento, a ideia de doença era ligada a uma situa-

Para visualizar a matéria completa, favor se logar.

1. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*, p. 7.

ção de debilidade ou esgotamento, isto é, a força vital quebrantada; também havia um componente religioso na consideração de certas doenças, em que o enfermo era visto como puro ou impuro para participar da comunidade cultural.<sup>2</sup> No começo da era cristã, a saúde ainda estava atrelada a preceitos de ordem religiosa. Lembra Daniel-Rops que “Não há necessidade de dizer que todas as medidas relativas à saúde, mesmo as mais humildes e terrenas, estavam sob o controle da religião”.<sup>3</sup>

A saúde parecia estar ligada a um conceito amplo de bem-estar físico, psíquico, social e espiritual. A ausência de saúde poderia implicar precariedade física e, por conseguinte, o impedimento do exercício das atividades normais do dia a dia; ou poderia resultar em problemas de ordem psicológica, capazes de tirar a condição do indivíduo de portar-se de forma coerente com os preceitos de ordem religiosa; também poderia causar óbices sociais, estando, neste caso, ligada à noção de pureza/impureza, que promovia a segregação e evitava uma vida social plena; ou, por fim, poderia trazer problemas de ordem espiritual, já que a ideia de pecado/culpa resultava em um afastamento do relacionamento com o divino.

A concepção da saúde como bem-estar completo do indivíduo tem previsão, nos tempos atuais, em documento da Organização Mundial da Saúde de 1946, em que se alinhava ela como o “[...] estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”.<sup>4</sup>

Enquanto bem-estar completo do indivíduo, a saúde está ligada à ideia de direitos humanos, referindo-se à vida digna, o que levou a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 a prever saúde e bem-estar como direito fundamental.<sup>5</sup>

Portanto, não restam dúvidas de que o direito à saúde é reconhecido como direito fundamental,<sup>6</sup> pois compõe a noção de qualidade de vida, ligando-se, assim, à dignidade da pessoa humana,<sup>7</sup> sendo considerado pelo ordenamento jurídico brasileiro como um direito social, conforme clara dicção do art. 6º, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ao positivar a saúde como direito social, a Constituição assegura um direito subjetivo<sup>8</sup> de segunda dimensão, reconhecendo-se que, de outro lado, a saúde é dever do Estado, consoante prescreve o art. 196 da Lei Fundamental, *in verbis*:

Art. 196. 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sendo o direito de todos, a saúde impõe a obrigação de ações positivas por parte do Esta-

2. WOLFF, Hans Walter. *Antropologia del Antiguo Testamento*, p. 195-198. É importante salientar que para Israel do Antigo Testamento os processos de enfermidade e cura não podem ser separados da ação de Iahweh.

3. DANIEL-ROPS, Henry. *A vida diária nos tempos de Jesus*, p. 208.

4. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 8. “O primeiro conceito teórico-formal de saúde surgiu em 1946, com a Organização Mundial da Saúde (OMS), ao reconhecê-la como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, independentemente de sua condição social, econômica, de sua crença religiosa ou de suas convicções políticas.” ABUJAMRA, Ana Carolina Pedutti; MARTIN, Andréia Garcia. *O direito à saúde do idoso: as políticas públicas como instrumento de inclusão social e seu controle jurisdicional*, p. 67.

5. “Artigo XXV, 1. Toda a 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 do seu controle.”

6. BOTELHO, Marcos César. *O fornecimento de medicamentos pelo estado: considerações à luz do pensamento de Klaus Günther*, p. 558.

7. ABUJAMRA, Ana Carolina Pedutti; MARTIN, Andréia Garcia. *Op. cit.*, p. 67.

8. STF, AgRg no RE nº 393.175-0, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2.2.07.