

# O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO: CONSIDERAÇÕES À LUZ DO KLAUS GÜNTHER

*Marcos César Botelho  
Advogado da União  
Coordenador-Geral de Atos Normativos – CONJUR –  
Ministério da Defesa  
Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto  
Brasiliense de Direito*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O direito à saúde na constituição brasileira: breves considerações; 3 A teoria da argumentação de Klaus Günther; 3.1 Distinção entre justificação e aplicação; 3.2 Colisão externa e interna; 3.3 Validez e adequação de normas; 3.4 Aplicação como adequação da norma; 4 O fornecimento gratuito de medicamentos pelo estado: uma análise do papel do poder judiciário sob a ótica da adequação e coerência de Günther; 5 Conclusão; 6 Referências.

**RESUMO:** O presente artigo visa discutir o fornecimento de medicamentos pelo Estado à luz do pensamento de Klaus Günther, sobretudo em referência à distinção entre fundamentação e aplicação e a sua proposta de adequação e coerência da norma ao caso concreto.

**ABSTRACT:** The present paper aims to discuss the supply of medicines for the State by the light of the Klaus Günther's thought, especially in regard to the distinction between justification and application and his proposal of adequacy and coherence of the norm to the concrete case.

**PALAVRAS-CHAVE:** Günther. Justificação. Aplicação. Coerência. Adequação. Medicamentos.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos principais debates que permeia o mundo jurídico atualmente é a questão envolvendo a aplicação do Direito. Este tem sido o grande desafio de filósofos e juristas, o de compatibilizar a fundamentação das normas jurídicas com a realidade fática, isto é, com a aplicação do arcabouço normativo.

Pode-se ver, por exemplo, as objeções severas que são dirigidas ao pensamento de Jürgen Habermas, em que seus críticos o acusam de construir uma teoria abstrata no campo da justificação, totalmente desvinculada dos imperativos fáticos. Críticas que levaram Karl-Otto Apel a formular a sua Arquitetônica, distinguindo a Parte A e a Parte B de sua Ética do Discurso.

De fato, a questão que desafia os teóricos é como tornar efetiva, nos casos reais, as formulações teóricas desenvolvidas ou, em outras palavras, como tornar aplicável e efetiva as construções teóricas relativas à justificação das normas jurídicas.

Esse desafio fica mais patente quando o aplicador do Direito é posto diante dos chamados “casos difíceis”, em que a decisão reclama uma construção argumentativa mais complexa e elaborada do que a simples subsunção de uma norma ao fato.

O presente estudo se propõe a discutir a proposta formulada por Klaus Günther, tendo como pano de fundo casos envolvendo o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

O estudo irá desenvolver os principais aspectos do pensamento de Günther, referentes à distinção entre justificação e aplicação, visando demonstrar como a proposta de adequação e coerência para a teoria da argumentação fornece um discurso de aplicação sólido, capaz de auxiliar o Poder Judiciário na decisão dos casos concretos envolvendo o fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.

Serão feitas algumas abordagens de alguns pontos do pensamento de Alexy e Dworkin, sem qualquer pretensão de aprofundamento nestes modelos teóricos, visando, tão-somente, aclarar a proposta Günther, que em diversos momentos faz críticas aqueles pensadores.

Para tanto, inicialmente se tratará de forma breve sobre o direito à saúde na Constituição brasileira de 1988, demonstrando como a doutrina e jurisprudência possuem uma compreensão da saúde como um direito subjetivo fundamental.

Na segunda parte, será feita uma caracterização dos principais pontos do pensamento de Klaus Günther, inicialmente analisando a sua distinção entre justificação e aplicação, a questão das colisões externas e internas, a validade e adequação das normas, culminando com sua análise da aplicação como adequação e não como validade da norma.

Finalmente, será feita uma breve análise do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado à luz do modelo proposto por Günther, procedendo-se à análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, além de expor algumas críticas a alguns pontos propostos por Dworkin e Alexy, buscando identificar o modelo teórico apresentado por Günther como aquele que melhor responde ao desafio dos casos difíceis.

## **2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES**

O direito à saúde, reconhecido como direito fundamental, enfrenta desafios no tocante a sua concretização, em razão da necessidade de aplicação de recursos financeiros na execução das ações que lhe são inerentes.

O grande dilema que se apresenta é, de um lado, a necessidade de se fomentar o acesso do indivíduo aos serviços de saúde e de outro lado, equalizar esse acesso com a finitude dos recursos orçamentários que lhe são destinados.

Na Constituição Federal de 1988 a saúde é prevista como direito social consoante redação do artigo 6º da Carta Fundamental. No Título VIII, “Da Ordem Social”, Capítulo II, Seção II, o artigo 196 da Constituição Federal traz a seguinte redação, *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.

A saúde é posta como direito de todos os cidadãos e como dever do Estado. Segundo decidiu o Supremo Tribunal, “Cumpra não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República.”<sup>1</sup>

Dessa forma, a saúde é encarada pelo Pretório Excelso como um direito subjetivo<sup>2</sup>, razão por que a Corte Suprema entendeu que este direito não pode sofrer embaraços por parte das autoridades administrativas<sup>3</sup>.

Outro aspecto é que o fato da saúde ser o direito de todos impõe, não apenas a obrigação estatal em respeitá-lo, mas também, a associação desse dever com o imperativo da solidariedade social, fazendo com que a responsabilidade pelo fomento do direito à saúde recaia, em última análise sobre toda a sociedade.

Ingo Wolfgang Sarlet entende o direito à saúde como um direito (e dever) fundamental da pessoa humana<sup>4</sup>. Segundo Sarlet:

Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional.

[...]

Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional

---

1 STF, Ag.Reg no RE nº 393.175-0, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 12.12.2006.

2 Igual entendimento pode ser visto no Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstram a seguintes decisões: Resp. 869.843/RS; RMS 23.184/RS; Resp. 902.473/RS; 901.109/RS.

3 STF, RE nº 226.835-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ. 10.03.2000

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Salvador, **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 maio 2008. p. 1. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 311. Segundo Marcelo Rebello Pinheiro, “Além de o constituinte ter positivado os direitos sociais como direitos fundamentais (fundamentalidade formal), pode-se inferir, ainda, que a fundamentalidade de tais direitos decorre também de sua relação com os valores e objetivos consagrados no texto constitucional (art. 1º e 3º), com especial referência à dignidade da pessoa humana (fundamentalidade material).” PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos, p. 79.

que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física<sup>5</sup>.

Por essa razão é que não apenas o Estado é o destinatário do dever imposto pela norma constitucional, mas igualmente os particulares, fato este expressamente previsto na Constituição Federal, conforme aduz Sarlet<sup>6</sup>, espalhando uma eficácia horizontal vinculativa de todos os sujeitos privados.

Portanto, o direito à saúde no ordenamento constitucional brasileiro pode ser entendido como um direito social fundamental, público, subjetivo e universal, possuindo uma dimensão positiva, que é o direito à prestações materiais, além de uma dimensão negativa, caracterizada pela proteção contra qualquer agressão de terceiros, seja do Poder Público ou de particulares.

### 3 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE KLAUS GÜNTHER

A importância do pensamento de Klaus Günther reside no fato de que ele buscou dar uma visão mais concreta ao pensamento de Jürgen Habermas.

Uma das principais críticas que é feita ao pensamento de Habermas consiste no fato de que seu modelo teórico fornece uma firme base para a fundamentação das normas, carecendo, porém, de igual solidez no tocante a aplicação dessas mesmas normas.

Klaus Günther, assistente de Habermas, procura fornecer um critério seguro para a aplicação das normas, trazendo como conceito elementar para essa questão, a noção de coerência e adequação das normas.

No presente capítulo discutiremos os principais aspectos do pensamento de Klaus Günther, relativos ao binômio justificação-aplicação, fazendo, para tanto, algumas confrontações com idéias de Dworkin e Alexy.

---

<sup>5</sup> SARLET, op. cit., p. 3

<sup>6</sup> Ibid., p. 5.

### 3.1 DISTINÇÃO ENTRE JUSTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO

Segundo Klaus Günther:

[...] há duas atividades distintas na justificação de uma norma: mostrar que há razões, sejam lá quais forem, para aceitá-la ou relacioná-la a uma situação, perguntando se e como ela é adequada à situação, se não há outras normas que seriam preferíveis, ou se a norma sugerida deveria, diante dessa situação, ser modificada<sup>7</sup>.

Assim, o que Günther vai propor é que há necessidade de haver uma introdução de um discurso de aplicação das normas a fim de complementar o discurso de justificação<sup>8</sup>. Isto é:

O senso para a equidade não só se revela em seguir princípios corretos, mas também em aplicá-los de forma imparcial, considerando-se todas as circunstâncias especiais. Nesse sentido, a tese deste livro é a de que não é possível abdicar da razão prática<sup>9</sup>.

O que Günther irá propor é que a justificação da norma refere-se a sua validade; esta situação é totalmente distinta dos casos de aplicação, em que o juiz se depara com casos concretos. A distinção reside no fato de que, nos discursos de aplicação não se perquire acerca da validade das normas; essa é pressuposta, sendo resultado de um estágio anterior – o discurso de justificação.

### 3.2 COLISÃO EXTERNA E INTERNA

Günther vai rejeitar a distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin e Alexy.

Para Dworkin, “Argumentar juridicamente significa trazer à luz problemas jurídicos relevantes [...] numa vasta rede de princípios

---

7 GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004. p. 35.

8 SORIANO, Leonor M. Moral. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general. **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 21, v. I, 1998. p. 193.

9 GÜNTHER, op. cit., p. 19.

derivados da ordem jurídica ou da moralidade política”<sup>10</sup>. Assim, criticando o positivismo, Dworkin vai distinguir princípios e regras. Segundo ele:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão<sup>11</sup>

Alexy, a seu turno, parte das concepções de Dworkin, com respeito a distinção entre regras e princípios. Para ele, regras e princípios são espécies de normas jurídicas<sup>12</sup>.

Segundo Alexy, as regras são aplicáveis da maneira “tudo ou nada”, sendo que, se uma regra é válida, deve ser aplicada da maneira como preceitua, diferentemente dos princípios que apresentam, tão-somente, razões em favor de uma ou outra posição argumentativa<sup>13</sup>.

Alexy, ademais, vai entender os princípios como *mandatos de otimização*:

De acordo com a definição padrão da teoria dos princípios (Alexy, 1996, p. 75 e sss), os princípios são normas que determinam que algo seja realizado no mais alto grau que seja efetiva e juridicamente possível. Os princípios são portanto, comandos de otimização<sup>14</sup>.

Porém:

---

10 DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 7, p. 4, jul/set, 2007.

11 Id. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39; Id. **Le positivisme**. Revue Droit et Société. Paris: Lextenso editions, nº 1, ago. 1985. p. 41: “Eu chamo ‘princípio’ um standard que deve ser observado, não que ele permita realizar ou atender a uma situação econômica, política ou social, julgada desejável, mas que ele constitua uma exigência da justiça ou da equidade ou, ainda, de uma outra dimensão da moral.”

12 ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica**, p. 140.

13 PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, n. 30, 2005. p. 71; ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México, DF: Fontamara, 1993.p. 11.

14 ALEXY, Robert. **Sobre a estrutura dos princípios jurídicos**, p. 156.

Diferentemente de Alexy [e Dworkin], para Günther (2004, p. 39) “o reconhecimento de que não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja, é indiscutível”, de modo que “qualquer norma moral [ou jurídica] se caracteriza por ser ‘impregnada de caso’”<sup>15</sup>.

Portanto, ao invés de normas e princípios, em que os conflitos entre as primeiras resolvem-se na dimensão da validade e as colisões entre os últimos na dimensão de peso, o que Klaus Günther irá propor é que no caso das regras, a colisão ocorre na dimensão da fundamentação de validade das normas jurídicas, o que ele chama de colisão interna; a outro giro, colisões<sup>16</sup> entre princípios correm na dimensão de aplicação das normas, “[...] consideradas todas as características do caso concreto – ou, simplesmente, uma ‘colisão externa’”.

As colisões internas afetam a validade de uma norma. Por intermédio de uma negação são identificáveis independentemente das situações reais de aplicação. A outro giro, as colisões externas somente podem identificar-se em situações de aplicação<sup>17</sup>.

### 3.3 VALIDADEZ E ADEQUAÇÃO DE NORMAS

Günther assevera que a validade proposta por Alexy e Dworkin é impossível de ser aferida, já que exigiria, no estabelecimento de princípios, tempo e conhecimento ilimitados, sendo que a tese advogada por ele é a de que “[...] somente com a ajuda da distinção suplementar entre fundamentação e aplicação pode haver a fundamentação do porque a argumentação jurídica deve ter lugar enquanto discurso baixo a condições restringidas”<sup>18</sup>.

Por isso é que, no seu entendimento, a pretensão de validade, enquanto discurso de justificação, se virtualiza<sup>19</sup>. A outro giro, “[...] os

---

15 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 43, n. 171, p. 85, 2006.

16 Ibid.

17 GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para una teoria de la argumentación jurídica. **Revista Doxa**, Alicante, Universidad de Alicante, n. 17-18, p. 281, 1995.

18 Ibid., p. 297.

19 GÜNTHER, op. cit., 1995, p. 298.

discursos jurídicos de aplicação deve produzir decisões em condições de tempo escasso e de saber incompleto<sup>20</sup>.

Assim, validade, fundada em uma universalização de um princípio, como proposta por Dworkin e Alexy, somente seria possível quando fundamentado em uma descrição completa da situação, o que no entender de Günther é impossível.

### 3.4 APLICAÇÃO COMO ADEQUAÇÃO DA NORMA

O que Günther vai propor, portanto, é que os discursos de aplicação não devem efetuar uma análise da validade da norma, mas sim, de sua adequação. Segundo ele:

Se se delimita o conceito de validade às circunstâncias pressupostas pelas normas como inalteradas, se torna compreensível que nos casos de colisão mais interessantes não se trata de validade, mas sim de adequação de uma norma aplicável *prima facie*<sup>21</sup>.

Segundo Günther, para a fundamentação o relevante é a própria norma em si, sem haver a necessidade de se considerar os elementos fáticos concretos. Por essa razão é que na aplicação, “O juízo sobre a adequação de uma norma não se refere a todas as circunstâncias de aplicação, mas exclusivamente a uma.”<sup>22</sup>

Neste escopo, Günther fala em uma versão mais fraca do princípio “U” proposto por Habermas<sup>23</sup>. Segundo ele:

A versão mais fraca de “U” parte de uma proposta já selecionada de

---

20 GÜNTHER, op. cit p. 300.

21 Ibid., p. 284.

22 GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p. 70.

23 O princípio “U” é enunciado por Habermas da seguinte maneira: “no caso de normas válidas os resultados e conseqüências laterais que, para a satisfação dos interesses de cada um, previsivelmente se sigam da observância geral da norma, tem que poder ser aceitos sem coação alguma por todos.” HABERMAS, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*, p. 101-102. Explicando o princípio “U”, Barbara Freitag escreve: “Para que uma norma tenha condições de transformar-se em norma geral, aspirando validade universal enquanto máxima da conduta de todos os participantes do discurso prático, os resultados e efeitos colaterais decorrentes de sua observância precisam ser antecipados, pesados em suas conseqüências e aceitos por todos.” FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. p. 102.

norma, para colocá-la em uma perspectiva situacional generalizante e relacioná-la com os interesses virtuais de todos. Por isso, esta versão deve ser complementada por um discurso de aplicação que realce a perspectiva específica da situação e a relacione com os interesses dos outros como pessoas concretas. Em situações de aplicação, ainda não se trata da capacidade de universalização de interesses afetados, mas, inicialmente, apenas do seu descobrimento e da relevância situacional. Reserva-se à aplicação “U”, na versão mais forte, se o interesse representado na norma contextualmente adequada é realmente legítimo e se, portanto, pode ser aceito por todos em conjunto<sup>24</sup>.

Dessa forma, adequação para Günther vai ser entendida como uma restrição da versão forte de “U”, fazendo com que haja uma alteração da exigência de que, em determinado momento sejam consideradas todas as situações, para a exigência de que em uma única situação sejam examinadas todas as características<sup>25</sup>.

Esse entendimento se fundamenta no fato de que, decidir acerca da validade de uma norma é algo totalmente distinto sobre decidir acerca de sua adequação à determinada situação. Isto é, quando se questiona sobre a validade de uma norma, não significa que haverá, conseqüentemente, qualquer influência ou decisão sobre a sua adequação a determinado caso concreto. Daí Günther vai dizer que “O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação.”<sup>26</sup>

#### **4 O FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO: UMA ANÁLISE DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DA ADEQUAÇÃO E COERÊNCIA DE GÜNTHER**

A grande questão que se coloca quando o assunto é o fornecimento de medicamentos pelo Estado consiste na alegação de que os recursos são finitos e que a responsabilidade do Estado prevista na Constituição Federal, mais precisamente no artigo 196, refere-se à efetivação de

---

24 GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 72; SORIANO, Leonor M. Moral. op.cit., p. 194.

25 GÜNTHER, op. cit., 2004. p. 70.

26 GÜNTHER, op. cit., 2004, p. 70.

políticas públicas que alcancem a população como um todo, razão pela qual, o fornecimento de medicamentos pelo Estado não pode inviabilizar o sistema público de saúde<sup>27</sup>.

O problema toma maior vulto, ainda, quando se analisa o papel do Poder Judiciário, na medida em que, no entender de Luis Roberto Barroso, a otimização da eficiência dos gastos públicos com saúde é melhor atingida quando se confere ao Poder Executivo a competência de tomar decisões nesta área, sobretudo porque “O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, e não através de decisões judiciais.”<sup>28</sup>

Ainda, segundo crítica feita por Barroso:

Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios<sup>29</sup>.

De fato, não há como negar que os recursos orçamentários têm uma natural limitação. O problema não está nesta constatação, mas sim no dimensionamento ou tamanho destes recursos e sua real e efetiva aplicação nas questões ligadas à saúde.

Importante lembrar que, segundo brilhante decisão do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Celso de Mello, “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.”<sup>30</sup>

Esta questão fornece o fundamento para a compreensão do

---

27 STF, STA nº 91, Rel. Min<sup>a</sup> Ellen Gracie, DJ 26.02.2007.

28 BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <HTTP://www.Direitosfundamentais.net> <http://georgemlima.blogspot.com/2007/09/textos-selecionados-teoria-dos-direitos.html>. Acesso em: 10 maio 2008 p. 22

29 Ibid., p. 26.

30 STF, AgRg no RE nº 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 24.11.2000.

fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado sobre a ótica da coerência e adequação desenvolvida por Günther.

Primeiramente, a análise não deve ser feita considerando todas as possíveis situações em confronto com o caso concreto. Significa que o magistrado, diante do caso concreto, não pode considerar o sistema como um todo pois, em primeiro lugar, isso seria humanamente impossível, considerando o fato de que o juiz Hércules proposto por Dworkin é uma ficção, uma idealização inalcançável. Em segundo lugar, ao juiz cabe analisar o caso *in concreto* não lhe sendo submetido todo o sistema.

E justamente nesse juízo de adequação da norma ao caso concreto é que reside a tarefa do Poder Judiciário. Diferentemente do que pensa Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário não está executando políticas públicas quando decide sobre a concessão de medicamentos. Há, sim, o desempenho de seu papel constitucional, na medida em que lhe é apresentada situação em que há ameaça de lesão a direito fundamental: a saúde. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes 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<sup>31</sup>.

Diferentemente do que decidiu a Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, o artigo 196 da Constituição da República, ao descrever um direito público subjetivo, assegura o acesso à saúde em situações individualizadas<sup>32</sup>.

Esta questão é claramente expressa em decisão proferida na Pet nº 1.246-SC em que se afirma que:

---

31 STF, AgRg no RE nº 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02.02.2007.

32 Segundo a Ministra Gracie: “Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas.” STF, STA nº 91, Rel. Minª Ellen Gracie, DJ 26.02.2007.

[...] 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 impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana<sup>33</sup>.

O que se pode extrair dessas decisões proferidas no âmbito do Pretório Excelso, favoráveis ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, é que a aplicação deve ostentar um caráter coerente e adequado em relação ao caso concreto.

Muito mais do que otimizar princípios ou ponderá-los, o discurso de aplicação proposto por Günther implica na efetiva consideração dos fatores reais que envolvem o caso concreto<sup>34</sup>. Significa a valorização da vida, ameaçada concretamente, em detrimento de meras especulações que poderão vir ou não a se concretizar, pois segundo Menelick de Carvalho Netto, “O problema é que as pessoas não são gerais e as situações não são *abstractas*.”<sup>35</sup>

Com isso, não há supressão do momento da facticidade em prol de elementos e condições idealizantes, consoante crítica formulada por Albrecht Wellmer e rebatida por Günther.<sup>36</sup>

Por tal motivo não há necessidade de utilização da ficção proposta por Dworkin do juiz Hércules, não havendo motivos para a criação de um esquema de princípios abstratos e concretos que possam fornecer uma justificação coerente para **todos** os precedentes, tampouco a elaboração de algumas teorias políticas que poderiam servir de justificação no conjunto de regras constitucionais que são relevantes para o problema.

---

33 No mesmo sentido: STF, AgRg no RE 271.286-8.

34 Segundo Menelick de Carvalho Netto, para Friedrich Müller a norma jurídica consiste no Direito aplicado aos casos concretos, nunca o dispositivo constitucional ou legal em abstrato. (Cf. CARVALHO NETTO, Menelick. **Racionalização do ordenamento jurídico e democracia**. p. 26). Ainda, segundo Menelick (*Op. cit.*, p. 31), “A experiência nos mostrou que não mais podemos acreditar na aplicação silogística da lei, naquela idéia segundo a qual a norma geral seria a premissa maior; o fato, a premissa menor; e o trabalho do aplicador, uma simples tarefa mecânica.”

35 CARVALHO NETTO, Menelick. *Racionalização do ordenamento jurídico e democracia*. In: *A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003. p. 33.

Tal recurso, além de desnecessário é utópico, pois implica na improvável situação de que o juiz Hércules descreva a situação considerando todas as circunstâncias possíveis.

Tampouco se utiliza dos princípios como mandatos de otimização como proposto por Alexy. Isso porque na análise do caso concreto não se buscará dar maior eficácia a um princípio em referência a outro, ou seja, aplicação. O que se apresenta ao julgador, no caso concreto, é a ameaça real e presente à vida, que pode ser dissipada pela tutela do direito fundamental à saúde, através do fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, com uma mera possibilidade de essa tutela venha a inviabilizar o sistema de saúde<sup>37</sup>.

É no discurso de aplicação proposto por Günther, que tem lugar sob condições restringidas, ou seja, de tempo escasso e saber incompleto<sup>38</sup>, que a norma plasmada no artigo 196 da Constituição ganha real efetividade, fomentando o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a saúde, além de propiciar a proteção individual, consagrando a saúde como um direito subjetivo fundamental.

## 5 CONCLUSÃO

A questão não é simples. Todavia, não podemos nos esconder dela, dada a relevância que a saúde tem na Constituição Federal e mesmo na Declaração Universal da ONU, de 1948, conforme se vê nos artigos 22 e 25.

Das discussões travadas no presente artigo, resta claro, como primeira conclusão, a natureza de direito fundamental conferida à saúde. A saúde é um direito subjetivo fundamental do indivíduo, indissociavelmente ligado ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

---

36 Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. p. 85.

37 De certa forma, não se pode falar em choque de princípios, na medida em que, no caso concreto, o único princípio ameaçado é o direito à saúde (e, portanto, à vida), exigindo-se do julgador a aplicação da norma que seja coerente e adequada para tutelar o direito ameaçado ou lesado. Um eventual choque de princípios poderia ocorrer na situação hipotética de se considerar todas as possíveis circunstâncias de aplicação, o que, segundo Günther, afasta o juízo de adequação da norma, por exigir tempo e conhecimento ilimitados.

38 GÜNTHER, Klaus. GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica. *Revista Doxa*, Alicante, Universidad de Alicante, n. 17-18, p. 297, 1995.

Outra conclusão é que a Carta Política autoriza o Poder Judiciário a tutelar ameaça ou lesão ao direito à saúde. Este papel conferido aos Tribunais não se confunde com a execução de políticas públicas voltadas para a Saúde.

Daí cabe ao Poder Judiciário a apreciação do caso concreto, considerando as circunstâncias que lhe são afetas, conforme a proposta de Klaus Günther para os discursos de aplicação, valendo-se da coerência e adequação com os imperativos exigidos no caso *sub examine*.

Este ponto, inclusive, afasta a argumentação contrária ao fornecimento de medicamentos às pessoas carentes sob o fundamento de que o Judiciário não faz políticas públicas, na medida em que se trata de apreciação de situação concreta, feita no exercício da jurisdição que lhe é atribuída pela Constituição Federal.

A proposta de Günther leva à consideração do caso concreto, afastando qualquer juízo sobre a validade da norma, conforme preconizado por Alexy e Dworkin, pois, para Günther, tal juízo exigiria tempo e conhecimento ilimitados, já que deveria observar todas as circunstâncias de aplicação, o que se caracteriza como uma situação utópica.

Logo, ao considerar o caso concreto e a adequação da norma, não há referência a todas as circunstâncias de aplicação, mas somente a uma circunstância, isto é, a ameaça ao direito à saúde de determinado indivíduo.

## 6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 1993.

\_\_\_\_\_. Legal argumentation as rational discourse. Milano, **Rivista Internazionale Di Filosofia Del Diritto**, Giuffrè Editore, v. 4, p. 165-178, 1993.

\_\_\_\_\_. Justicia como corrección. Alicante, **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, n. 23, Universidad de Alicante, p. 161-173, 2003.

\_\_\_\_\_. Derechos, razonamiento y discurso racional. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 1, 1994, p. 37-49. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#I\\_19\\_](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000015.htm#I_19_)>.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. Problemas da teoria do discurso. **Revista Direito, Estado e Sociedade** n. 8. Disponível em: <<http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/artigos.html>>. Acesso em: 21 nov. 2006.

\_\_\_\_\_. Ponderación, control de constitucionalidad y representación. In: **Jueces y Ponderación Argumentativa**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. [www.Direitosfundamentais.net](http://www.Direitosfundamentais.net). Disponível em: <<http://georgemlima.blogspot.com/2007/09/textos-selecionados-teoria-dos-direitos.html>>. Acesso em: 10 maio 2008.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito e Sociedade. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal, ano 43, n. 171, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: **A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2003.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad em Dworkin. **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, v. 12, p. 155-176, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Law as interpretation**. *Texas Law Review*, v. 60, 1982.

\_\_\_\_\_. **Le positivisme.** Revue Droit et Société. Paris: Lextenso editions, nº 1, ago. 1985.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Igualdade como ideal: entrevista com Ronald Dworkin. Novos Estudos. São Paulo, **CEBRAP**, n. 77, mar. 2007.

\_\_\_\_\_. Elogio à teoria. **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n. 7, jul/set, 2007.

FREITAG, Barbara. **Dialogando com Jürgen Habermas.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GONZÁLEZ, Antonio José Muñoz. Casos difíciles y derecho como integración. (Estudo sobre la teoría jurídico filosófica de Ronald Dworkin). **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, n. 3, 1999/2000.

GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coherencia para uma teoria de la argumentación jurídica. Alicante, **Revista Doxa**, Universidad de Alicante, n. 17-18, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Escritos sobre moralidad y eticidad.** Barcelona: Paidós, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. v. 1, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 2003.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação:** ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. La argumentación probatoria y su expresión em la sentencia. In: *Jueces y Ponderación Argumentativa*. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

\_\_\_\_\_. Legalidad, jurisdicción y democracia. In: **Jueces y Ponderación Argumentativa**. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

JESUS, Carlos Frederico Ramos de. Teoria da interpretação e aplicação justa da lei: um cotejo entre Kelsen e Dworkin. Brasília, **Boletim dos Procuradores da República**, n. 78, jan. 2008.

MORRISSON, Wayne. Ronald Dworkin e a luta contra o desencanto: ou o direito na ética interpretativa da filosofia do direito liberal. In: **Filosofia do Direito**: dos Gregos ao Pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. Brasília, **Revista CEJ**, n. 30, 2005.

REBELLO, Marcelo Pinheiro. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional**: em busca da superação dos obstáculos. Dissertação de mestrado. Brasília: Universidade de Brasília, 2008.

SANCHIS, Luis Prieto. Teoria del derecho y filosofía política em Ronald Dworkin. **Revista Espanhola de Derecho Constitucional**, ano 5, n. 14, mai./ago. 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Salvador, **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 15 maio 2008.

SORIANO, Leonor M. Moral. ¿Qué discurso para la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación em la teoría del discurso práctico general. **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 21, v. I, 1998.

STRUCHINER, Noel. Uma análise da noção de casos difíceis do direito em um contexto positivista. Rio de Janeiro, **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 17, 2000.

VIDAL, Isabel Lifante. La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del derecho a partir de los casos. Madrid, **Jueces para la Democracia**, n. 36, 1999.

VIGO, Rodolfo. Balance de la teoría jurídica discursiva de Robert Alexy. Alicante, **Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Universidad de Alicante, n. 26. 2003.