

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA**  
**ASCES/UNITA**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**DA (REAL) FINALIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS  
PROGRAMÁTICAS E OS LIMITES DE SUA CONCRETIZAÇÃO.**

**MIKAELLY OTHÍLIA SILVA GOMES VIEIRA**

**CARUARU**

**2016**

**MIKAELLY OTHÍLIA SILVA GOMES VIEIRA**

**DA (REAL) FINALIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS  
PROGRAMÁTICAS E OS LIMITES DE SUA CONCRETIZAÇÃO.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro  
Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA,  
como requisito parcial para a obtenção do grau de  
bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc.  
Marco Aurélio Freire.

**CARUARU**

**2016**

## **BANCA EXAMINADORA**

Aprovada em 24 de Outubro de 2016.

---

Presidente: Prof<sup>o</sup>. Marco Aurélio Freire

---

Primeiro Avaliador: Prof. João Alfredo.

---

Segundo Avaliador: Prof. Oton Albuquerque.

## DEDICATÓRIA

*A Deus, por me conceder forças para concluir esse trabalho, a minha família e ao meu namorado por sempre acreditarem em mim.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus por me permitir ter chegado até aqui e por me fazer transformar todos os obstáculos, que se ergueram em minha trajetória, em forças para concretização deste trabalho. Bem como, por ser o meu refúgio.

Ao meu pai, Eloi Gomes, por me ensinar a acreditar em todos os meus sonhos e por lutar comigo pela concretização deles, e a minha mãe, Ilma Barboza, que sempre está ao meu lado me ajudando a concretizá-los e me ensinando que sonhar é bom, mas é preciso manter os pés no chão. Sou muito grata por tudo o que vocês fizeram e fazem por mim. Eu os amo incondicionalmente.

A minha irmã, Damianny Emanuely, por vibrar com as minhas vitórias e por independente delas, sempre me apoiar e confiar em mim.

A minha avó, Maria do Socorro, por todos os abraços e chazinhos que sempre me acalmaram. Obrigada por tudo. A minha avó Neci Maria (*in memorian*) por todo o carinho e amor, tenho certeza que estás muito feliz com as minhas conquistas.

Ao meu avô Damião Gomes (*in memorian*) por todo amor que me dedicou e por ter plantado em mim o desejo de fazer o meu curso. Só consegui chegar até aqui por ele.

Ao meu namorado, Luís Carlos, por escutar todas as indagações que deram ensejo a esse trabalho e pela compreensão pelos momentos em que eu não pude estar presente.

As minhas tias Monique Vieira, Patrícia Vieira, Maria Aparecida e Maria da Conceição e ao meu tio Edmilson Barboza por todo o apoio que me deram.

A minha amiga Luzanira Patrícia por sempre está ao meu lado.

Aos meus professores por todos os ensinamentos que sem sombra de dúvidas transcenderam todas Leis e a Constituição. Todos estarão eternizados em minha memória. Especialmente, o meu orientador, Marco Aurélio, pelo incentivo e toda paciência.

Ao meu pequeno companheiro, nino, por sempre tornar os meus momentos de estudo mais leves.

Em suma, agradeço a todos que de um modo geral contribuíram para elaboração e finalização desse trabalho.

*“Lembre de Deus em tudo que fizer. E ele  
lhe mostrará o caminho certo”.*

*(Provérbios 3: 5-6)*

## RESUMO

Esse trabalho teve por objetivo analisar a (real) finalidade das normas constitucionais programáticas e a investigar os limites da concretização da norma que versa sobre o direito à saúde, tendo em vista a assimetria entre o que está prescrito nas normas programáticas e a realidade social, bem como o subfinanciamento do Sistema Único de Saúde e o atual lapso temporal de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, isto é, aproximadamente 28 anos. Para se alcançar esses objetivos se fez necessário pesquisar o contexto histórico das principais constituições sociais que trouxeram em seu bojo as normas programáticas e como os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estão concretizando o direito à saúde. Desta feita, por meio das pesquisas bibliográfica e documental e da aplicação do método científico dedutivo e analítico/descritivo o estudo aponta que apesar de haver indícios de que as normas programáticas foram positivadas para ludibriar a população essas se mostram essenciais, sendo assim, o constitucionalismo do por vir que assevera que as constituições precisam ser “verdadeiras” não é a saída. Bem como, que a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo corrobora na Judicialização do direito à saúde e conseqüentemente no Ativismo Judicial. Logo, ao se analisar algumas matérias delicadas como mínimo existencial, reserva do possível e a dignidade da pessoa humana se chegou à conclusão de que apesar da concretização da norma pelo Poder Judiciário ser importante, algumas decisões afetam a concretização de políticas públicas endereçadas à coletividade. Todavia, diante dos problemas enfrentados pelas instâncias políticas esse continua sendo um caminho viável, haja vista a urgência do Direito à Saúde.

**PALAVRAS-CHAVE:** Normas Programáticas; Direito à Saúde; Políticas Públicas; Judicialização; Ativismo.

## ABSTRACT

This study aimed to analyse the real purpose of programmatic constitutional rules and to investigate the limits of realization of the rule that deals with the right to health, given the asymmetry between what is prescribed in the programmatic rules and social reality, as well as underfunding of the Unified Health System and the current time period of promulgation of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, that is, about 28 years. To achieve these goals it was necessary to research the historical context of major social constitutions that brought on their body the programmatic rules and as the Legislative, Executive and Judiciary are realizing the right to health. This time, through bibliographical and documentary research and the application of deductive and analytical/descriptive scientific method the study points out that although there is evidence that the programmatic rules were set out to dupe population these are shown essential, therefore, constitutionalism the coming which asserts that constitutions must be "true" is not the way out. As well as the inertia of the legislative and executive branches corroborates the Legalization of the right to health and consequently the Judicial Activism. Next, when analysing some delicate matters as existential minimum reserve as possible and the dignity of the human person came to the conclusion that despite the implementation of the rule by the Judiciary be important, some decisions affect the implementation of public policies addressed to the community. However, given the problems faced by political parties that ends up being a viable way, given the urgency of the Right to Health.

**KEY-WORDS:** Programmatic Rules; Right to Health; Public Policies; Legalization; Activism.

## LISTA DE ABREVIATURAS

<b>ADO</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
<b>AgRg no RE</b>	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
<b>AgRg no RE com Ag.</b>	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo
<b>AgRg no RESPE</b>	Agravo Regimental no Recurso Especial
<b>AI</b>	Ato Institucional
<b>ANVISA</b>	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
<b>art.; arts.</b>	artigo; artigos
<b>CEBS</b>	Centro de Estudos Brasileiros em Saúde
<b>CF/88</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<b>CIB</b>	Comissão Intergestores Bipartite
<b>CIT</b>	Comissão Intergestores Tripartite
<b>CMS</b>	Conselho Municipal de Saúde
<b>CNJ</b>	Conselho Nacional de Justiça
<b>CONASEMS</b>	Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde
<b>CONASS</b>	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
<b>CONSENSUS</b>	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
<b>DUDH</b>	Declaração Universal dos Direitos Humanos
<b>EC</b>	Emenda Constitucional
<b>FPE</b>	Fundo de Participação dos Estados
<b>FPM</b>	Fundo de Participação dos Municípios
<b>ICMS</b>	Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicação
<b>IE</b>	Imposto sobre a Exportação
<b>INTERFARMA</b>	Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa
<b>IPI</b>	Imposto sobre Produtos Industrializados
<b>IPTU</b>	Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
<b>IPVA</b>	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
<b>IRRF</b>	Imposto de Renda Retido na Fonte

<b>ISS</b>	Imposto sobre Serviços
<b>ITBI</b>	<i>Imposto</i> de Transmissão de Bens Imóveis Inter-Vivos
<b>ITCMD</b>	Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação
<b>KPD</b>	Partido Comunista Alemão
<b>LC</b>	Lei Complementar
<b>LOA</b>	Lei Orçamentária Anual
<b>MI</b>	Mandado de Injunção
<b>MS</b>	Ministério da Saúde
<b>PEC</b>	Projeto de Emenda Constitucional
<b>PIB</b>	Produto Interno Bruto
<b>PSD</b>	Partido Social Democrata
<b>RCL</b>	Receita Corrente Líquida
<b>RE</b>	Recurso Extraordinário
<b>RENAME</b>	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
<b>RESPE</b>	Recurso Especial
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>SUS</b>	Sistema Único de Saúde
<b>TPR</b>	Tribunal Penal de Roma

## LISTA DE FIGURAS

<b>FIGURA 1.</b>	Principais Problemas do Brasil entre 2008 e 2014.....	36
<b>FIGURA 2.</b>	Resultado sobre a opinião dos brasileiros em relação a situação da saúde no Brasil.....	37

## **LISTA DE TABELAS**

<b>TABELA</b>	<b>1.</b>	Tipos de decisões que versam sobre o Direito à Saúde no STF.....	64
<b>TABELA</b>	<b>2.</b>	Tipos de decisões que versam sobre o Direito à Saúde no STJ.....	65
<b>TABELA</b>	<b>3.</b>	Breve Panorama da Jurisprudência do STF e do STJ sobre o Fornecimento de Medicamentos.....	66

## LISTA DE GRÁFICOS

<b>GRÁFICO 1.</b> Variação dos valores investidos na Saúde, previstos na LOA de 2000 a 2016.....	38
--	----

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO 1. NORMAS PROGRAMÁTICAS: QUEBRANDO O PARADIGMA DO WELFARE STATE.....</b>	<b>18</b>
1.1 Aspectos históricos: de Carranza Garza à José Sarney.....	18
1.1.1 <i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i> .....	20
1.1.2 Constituição de Weimar 1919.....	21
1.1.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.....	21
1.1.4 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	23
1.2 Compreendendo as Normas Programáticas.....	24
1.2.1 Conceito.....	24
1.2.2 Do caráter jurídico das normas programáticas.....	26
1.2.3 Identificando as normas programáticas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	29
1.3 Para Além da Vedação ao Retrocesso: O Constitucionalismo da Verdade é à Saída?.....	32
<b>CAPÍTULO 2. NORMAS PROGRAMÁTICAS EM ESPÉCIE: DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>36</b>
2.1 Justificando a Escolha do Direito à Saúde.....	36
2.2 Identificando as Dimensões do Direito à Saúde e o Problema da Concretização.....	39
2.3 O Poder Executivo: Concretização do Direito à Saúde Frente a Reserva do Possível.....	47
<b>CAPÍTULO 3. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CASOS EMBLEMÁTICOS.....</b>	<b>54</b>
3.1 Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial: Quando a Intervenção da Microjustiça é Essencial.....	54
3.1.1 Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da República Federativa do Brasil.....	54

3.1.2 Mínimo Existencial: Uma Análise Crítica.....	56
3.2 Judicialização e Ativismo, sob a Perspectiva do Direito à Saúde.....	60
3.2.1 Breve Panorama da Jurisprudência do STF e do STJ.....	64
3.3 Limites da Judicialização e do Ativismo.....	73
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>78</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>81</b>

## INTRODUÇÃO

As normas constitucionais podem ser classificadas em normas de eficácia plena, contida e limitada. Desse modo, realça-se que as de eficácia limitada se desdobram em normas de princípio organizativo e em normas programáticas, que por sua vez, podem ser conceituadas como metas, dotadas de certo grau de abstração, que devem ser cumpridas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Todavia, essas normas programáticas que são fruto do *welfare state* (Estado do Bem Estar Social), após aproximadamente 28 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda apresentam uma assimetria considerável entre o que elas prescrevem e a realidade social. Sendo assim, é de suma importância investigar a (real) finalidade das normas constitucionais programáticas para fins de se compreender a mencionada assimetria e se a saída seria a expurgação dessas normas do texto constitucional.

Nesse seguimento, após a análise da (real) finalidade dessas normas se faz necessário observar como elas são concretizadas. A norma programática escolhida para esse feito foi a que versa sobre o direito à saúde, tendo em vista o fato de a população brasileira classificá-la como o principal problema do país, desde 2008, o subfinanciamento do Sistema Único de Saúde (SUS) e conseqüentemente os problemas oriundos da concretização pelos Poderes Legislativo e Executivo, e os decorrentes do protagonismo do Poder Judiciário, em face da Judicialização, fenômeno conectado ao ajuizamento das demandas que versam sobre o direito em comento, e do Ativismo Judicial, que por sua vez está vinculado à maneira como essas demandas estão sendo decididas. Por conseguinte, é cabível refletir sobre os limites da concretização dessa norma programática.

Esse trabalho está estruturado em três capítulos, onde o primeiro aborda o contexto histórico das primeiras Constituições que trouxeram em seu bojo as normas programáticas, isto é, a Constituição Mexicana de 1917, a Alemã de 1919 e por fim as Constituições Brasileiras de 1934 e 1988. Tal análise se destina a entender a (real) finalidade de se positivar as normas programáticas. Posteriormente, se busca conceituá-las explicando o caráter jurídico dessas normas, bem como os respectivos efeitos com fulcro nos estudos do doutrinador José Afonso da Silva. Por fim, se propõe a estabelecer a importância das normas em discussão por meio de uma análise crítica e comparativa com o Constitucionalismo da verdade advogado por José Roberto Dromi.

Nessa esteira, o segundo capítulo justifica a escolha da norma programática que retrata o direito à saúde, tendo em vista a enorme gama de normas programáticas espalhadas pelo texto constitucional, projeta as dimensões do direito em discussão e analisa como deve ser interpretada a aplicabilidade imediata do direito à saúde, conforme o art. 5º, §1º da Constituição de 1988, haja vista a aparente inexistência do conteúdo desse direito e a necessidade de verbas públicas para concretização dos direitos sociais. Alerta-se que, apesar do recorte realizado, em relação ao direito à saúde, a mencionada análise espraia, ainda que brevemente, em outros direitos sociais.

Finalmente, apresenta um panorama sobre o problema do subfinanciamento do direito à saúde e as respectivas políticas públicas, em virtude da Emenda Constitucional (EC) n. 86 de 17 de março de 2015, e sobre o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n. 01-A de fevereiro de 2015 que busca corrigir o percentual previsto na EC/86. A breve abordagem do financiamento das políticas públicas tem como escopo esclarecer a concretização do direito à saúde pelo Poder Executivo e proporcionar uma compreensão adequada da reserva do possível, que não deve ser reduzida a mera escassez de recursos.

Em contrapartida, o terceiro capítulo tem como escopo expor a concretização do direito à saúde, pelo Poder Judiciário, desse modo, dando ensejo a uma discussão delicada que envolve a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, e o Mínimo Existencial relacionado ao direito em destaque, o que é bastante complexo, uma vez que, ou o pedido do demandante é deferido, ainda que extremamente custoso, ou as chances de viver do cidadão são reduzidas. Essa discussão se destina a indicar a essencialidade da intervenção do Poder Judiciário.

Em sequência, apresenta uma diferenciação entre os fenômenos Judicialização e Ativismo Jurídico, para fins de identificar o que ocorre em relação ao direito à saúde. Desta feita, após a apresentação dos aspectos teóricos dos mencionados fenômenos, traz um breve panorama da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em relação aos julgados que envolvem o fornecimento de medicamentos para fins de apontar os pontos negativos e positivos da concretização da norma programática, em destaque, pelo Poder Judiciário.

Em suma, o presente trabalho tem como objetivo identificar a (real) finalidade das normas constitucionais programáticas, assinalando a (im)portância dessas normas, e analisar os limites da concretização da norma que trata do Direito à Saúde, por meio de uma pesquisa bibliográfica, que envolveu a utilização de artigos científicos, revistas e doutrina, e de uma pesquisa documental, por meio dos dados obtidos pelo Datafolha, em uma pesquisa sobre o

Panorama da Saúde no Brasil, da Jurisprudência do STF e do STJ e da análise de algumas Constituições, leis, da Emenda Constitucional n. 86/2015 e da PEC n. 01-A de 2015. Destaca-se, que além do método dedutivo, já que a pesquisa parte de um panorama geral para posteriormente identificar a possível finalidade das normas programáticas e os limites da concretização da norma que versa sobre o Direito à Saúde, foram aplicados os métodos analítico e descritivo, posto que os dados foram registrados e analisados, sem manipulações.

# CAPÍTULO 1. NORMAS PROGRAMÁTICAS: QUEBRANDO O PARADIGMA DO *WELFARE STATE*

## 1.1 Aspectos históricos: de Carranza Garza à José Sarney

As normas programáticas se consolidam, em linhas gerais, durante o século XX, no seio das chamadas constituições dirigentes, isto é, aquela Constituição que:

(...) traça metas que devem ser cumpridas pelos órgãos estatais, orientando um plano a ser concretizado. Dentro da evolução histórica das Constituições, representa direitos de segunda e de terceira dimensão, direitos esses que são tipicamente do *welfare state* e de Constituições socialistas(...) (AGRA, 2006, p.33).

Por conseguinte, se afirma que o teor de tais normas está vinculado, basicamente, aos chamados direitos fundamentais de segunda dimensão que para Puccinelli (2014, p.214), são: “os direitos sociais, econômicos e culturais, que reclamam a intervenção do Estado”. Desse modo, é essencial indicar a visão da doutrina clássica em relação à necessidade de se positivarem os direitos fundamentais de 2ª dimensão, pois esses são, de um modo geral, o conteúdo das normas programáticas. Posteriormente, será apresentado, ainda que sucintamente, o contexto histórico que antecedeu a promulgação das primeiras constituições que trouxeram em seu seio as normas programáticas, a fim de apontar uma outra, possível, finalidade de se positivarem essas normas.

O século XVIII é marcado pelo liberalismo estatal e a consolidação dos direitos de primeira dimensão que são denominados direitos negativos/ civis ou políticos (liberdade, propriedade e segurança individual). Isso porque a burguesia como a classe detentora do poder econômico, na época, já não aguentava, a injustificável, grande carga tributária do Estado Absolutista. Sendo assim, tal período é marcado pelo absentismo estatal alicerçado na separação das funções do governo e limitação dos poderes por meio da autofiscalização (o mecanismo de freios e contrapesos). Se tem como marco a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (PUCCINELLI, 2014, p. 212).

O grande problema é que as Constituições e Declarações desta época asseguravam apenas uma igualdade formal, pois o objetivo era atender aos ideais da burguesia. Ressalta-se a seguinte crítica:

Estático, o liberalismo não operou grandes transformações sociais. (...) não continha uma agenda de reformas voltadas a concretizar, no plano material, a cláusula

igualitária. É dizer, a sociedade continuou estamental; e as cartas mais prementes, sem acesso a prestações de índole positiva. (PUCCINELLI, 2014, p. 213).

Nesse contexto, de grande desigualdade social, em virtude do desproporcional acúmulo de riquezas, surge os ideais sociais que caracterizam o *Welfare State* (Estado Social). É possível afirmar que as condições de trabalho desumanas impostas pela Revolução Industrial e a divulgação do Manifesto Comunista, de Karl Marx e Friederich Engels, são os alicerces responsáveis pela positividade dos Direitos Fundamentais de 2º dimensão, quer dizer, a consagrada igualdade formal já não era suficiente se fazendo necessário que o Estado passe a intervir para corrigir as desigualdades sociais e suprir as carências. Desse modo, promovendo a igualdade material por meio da concretização, ainda que paulatina, dos direitos econômicos, sociais e culturais (PUCCINELLI, 2014, pp. 213-214).

Não se pode olvidar que a conquista dos direitos sociais, econômicos e culturais (também nominados pela doutrina: direitos de crédito) não corroborou na perda dos direitos de primeira dimensão (civis e políticos), sendo assim, ambos coexistem. Neste sentido, Clève (2000, p.316) assevera: “Ora, a concepção dos direitos fundamentais como liberdades e créditos, (...) opera a fusão de duas noções até a pouco dissociadas: liberdade e capacidade. Não basta afirmar juridicamente a liberdade. A sua concretização pressupõe a capacidade de fruí-la.”

Em contrapartida, de acordo com Kelbert (2011, p. 21) o desenvolvimento dos direitos sociais não se deu exclusivamente durante o *Welfare State*, ou seja, tais direitos foram reivindicados em conjunto com os direitos civis e políticos, pois os direitos sociais são indispensáveis ao conteúdo dos direitos civis e políticos e vice e versa. Nessa esteira, leciona Bobbio (1988, p. 127): “(...) Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna”.

Destaca-se que o reconhecimento de tais direitos se consolidou, apenas, no constitucionalismo do século XX. Por conseguinte, para doutrina clássica as normas programáticas foram positivadas para corrigir os problemas do liberalismo político e assegurar a todos uma igualdade material e não meramente formal, desse modo, atendendo aos nobres fins do Estado do Bem-Estar Social.

Contudo, é imprescindível apresentar o tecido social que antecedeu a promulgação das constituições Mexicana de 1917, Alemã de 1919 e das Brasileiras de 1934 e 1988, por meio de alguns acontecimentos históricos, a fim de apresentar a (real) finalidade de se positivadas as normas programáticas.

### 1.1.1 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Antes de ser promulgada a Constituição mexicana de 1917 a população vivenciou a Revolução de 1910 que trazia como bandeira a luta pela reforma agrária e a revalorização da cultura indígena. Isto porque, Porfírio Díaz (1876-1911) comandava a Ditadura no país promovendo uma modernização conservadora, pautada na construção de ferrovias, bancos e fábricas, que só beneficiava a elite (grupos ligados ao governo), desse modo, muitas terras indígenas foram usurpadas e entregues aos grandes proprietários (SCHMIDT, 1996).

Nesse contexto, surgem os liberais que consistia em um grupo de fazendeiros excluídos por não fazerem parte da oligarquia e que tinham o objetivo de se beneficiar da situação mencionada. Desta feita, Francisco Madero, um fazendeiro liberal, consegue derrotar o governo de Porfírio. O problema é que a situação da população mexicana não mudou. Portanto, milhões de homens e mulheres, liderados por Emiliano Zapata (região sul) e por Pancho Villa (região norte), passaram a fazer a reforma agrária por si (SCHMIDT, 1996).

Enquanto a revolta camponesa continuava chegaram, ainda, ao poder o general Victoriano Huerta, que não conseguiu eliminar as revoltas, e posteriormente o general Venustiano Carranza Garza. Nesse seguimento, o embate estava travado entre Garza, que queria reformas moderadas e os camponeses que queriam reformas radicais. Em resumo, em 5 de Fevereiro de 1917 foi promulgada a primeira constituição que trouxe as normas programáticas. Entretanto, as revoltas continuaram até a morte de Zapata (1919) e de Villa (1923). Sendo assim, pela continuidade das revoltas, mesmo após a promulgação da Constituição, leva a alguns historiadores a afirmarem que a Revolução de 1910 não acabou em 1917 (SCHMIDT, 1996).

É indiscutível os avanços, formais, trazidos pela Constituição em discussão principalmente nas relações de trabalho, como por exemplo, o art. 123, I: “*La duración de la jornada máxima será de ocho horas*”; III: “*(...)El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato*”. Mas, na prática a realidade da população não mudou muito, pois cada governante entregou apenas um pouquinho de terra para fins da reforma agrária. Tal atitude é entendida por alguns como uma forma de ludibriar os camponeses com o escopo de findar as revoltas (SCHMIDT, 1996).

Finalmente, se destaca que apesar das normas programáticas não estarem organizadas de uma forma sistemática nesta Constituição, essa traz mais detalhes em relação a ordem econômica e social do que a Constituição de Weimar que é considerada “a mãe das Constituições contemporâneas” (NICZ, 1981, p. 27).

### **1.1.2 Constituição de Weimar 1919**

O contexto histórico em que é promulgada a Constituição de Weimar também é bastante turbulento. Isto é, a vitória da Alemanha na guerra Franco-Prussiana em 1870, bem como a criação do Primeiro Reich durante o reinado do Kaiser Guilherme II, corrobora no crescimento urbano-industrial do país e conseqüentemente no aumento da classe operária militante que passa a reivindicar melhores condições laborais. Desta forma, a Alemanha passa a buscar territórios e acaba se envolvendo na Primeira Guerra Mundial (1914-1916) (PINHEIRO, 2006, pp. 112-113).

Portanto, em 1918 o rei Guilherme II é obrigado a renunciar em virtude das revoltas lideradas pelos soldados que voltaram da guerra. Desse modo, Friedrich Ebert, assumiu o governo provisório e foi proclamada a República. Nesse diapasão, surgem dois partidos: O Partido Social Democrata (PSD) e o Partido Comunista Alemão (KPD), esse acreditava que a única maneira de sair da crise era a revolução socialista. O governo provisório, PSD, tendo em vista os problemas sociais e políticos que se agravaram ao fim da Primeira Guerra, pelo fato da Alemanha ter saído, desastrosamente, derrotada e temendo a concretização dos ideais defendidos pelo KPD, de pronto convocou a Assembleia Nacional Constituinte, cujos trabalhos iniciaram em janeiro de 1919, em Weimar. Desta feita, no dia 11 de Agosto de 1919 é promulgada a Constituição que é considerada a mãe das constituições contemporâneas que sem sombra de dúvidas sofreu influência da Constituição Mexicana (MORAES, 2005, p. 321).

Ressalta-se que de acordo com Tavares (2011, p. 92) é muito claro o conteúdo social dessa constituição, como se evidencia no art. 151 que reza “A ordem econômica deve corresponder aos princípios da justiça tendo por objetivo garantir a todos uma existência conforme à dignidade humana. Só nestes limites fica assegurada a liberdade econômica do indivíduo”. Contudo, como essa constituição padecia de concretização fica claro o mero objetivo de combater os avanços do Partido Comunista.

### **1.1.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**

É possível afirmar que a Revolução de 1930 e a Revolução de 1932, também denominada Movimento Constitucionalista, foram os principais acontecimentos históricos que contribuíram para promulgação da Constituição de 1934 em 16 de Julho. Desta feita, é necessário traçar algumas considerações sobre esses acontecimentos para se entender a

necessidade de se inserir pela primeira vez, no ordenamento jurídico pátrio, as normas programáticas. Vale salientar que esta Constituição sofreu influência da Constituição de Weimar.

A crise econômica mundial de 1929 refletiu na economia brasileira, principalmente em relação a produção de café. Durante esse período de instabilidade muitas empresas do setor cafeeiro faliram e houve queda no mercado interno, principalmente em São Paulo. Desse modo, essa situação acabou refletindo na vida da população brasileira. Neste período vigorava a República do café com leite, onde São Paulo se destacava como maior produtor cafeeiro e Minas Gerais em relação a produção de leite. Havia uma espécie de rodízio entre os dois estados para determinar quem ficaria no comando do governo Federal. Entretanto, o então presidente Washington Luís não cumpre o acordo e em vez de apoiar o governador de Minas Gerais acaba apoiando Júlio Prestes, candidato de São Paulo. Diante desta situação, mineiros e gaúchos se juntam e formam a Aliança Liberal lançando a candidatura de Getúlio Vargas à presidência e do paraibano João Pessoa para vice. (MORAES, 2005, p. 329).

Não obstante, os resultados não foram satisfatórios, pois as eleições de 1º de março de 1930 ainda foram marcadas pelas fraudes, desse modo, Júlio Prestes acaba vencendo as eleições. A priori, Vargas não se opôs a tal resultado, inclusive há quem afirme que já existia um acordo entre ele e Prestes. Entretanto, o assassinato de João Pessoa, por questões da política local, foi utilizado como um argumento político e corroborou na Revolução de 1930 garantindo a Getúlio Vargas a presidência do governo provisório, desta maneira, pondo um ponto final na predominância das oligarquias estaduais, principalmente a cafeeira (MORAES, 2005, p. 330).

Getúlio Vargas ao assumir o poder fecha o Congresso e promete convocar uma Assembleia Nacional Constituinte. Ele procurou de todas as formas centralizar o poder com a finalidade de ter uma certa independência em relação as oligarquias estaduais que ainda tinham um discurso liberal e federalista. A diretriz era ter um governo federal forte e por esse motivo foram nomeados interventores federais para enfraquecer as oligarquias que ainda existam. Tal nomeação gerou muitos conflitos, principalmente em São Paulo, onde houve muitas manifestações contra o governo e em uma dessas manifestações os estudantes Martins, Miragaia, Dráusio e Camargo são assassinados a tiros. Sendo assim, em 9 de julho na capital paulista houve uma grande revolta contra o governo de Vargas. Essa revolta também pleiteava a convocação da Assembleia Constituinte. Contudo, esse movimento foi combatido pelo governo que acabou convocando a Assembleia Constituinte em 1933. Destaca-se que os trabalhos apenas começaram em 1934 (MORAES, 2005, p. 344).

Enfim, o conteúdo da Constituição de 1934 foi inovador, pois pela primeira vez foi instituída a Ordem Econômica em um título específico, isto é, demonstrando uma certa preocupação com a coletividade. Tal “preocupação” pelo contexto histórico existiu, provavelmente, para combater as revoluções durante esse período (TAVARES, 2011, p. 106).

#### **1.1.4 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

O texto constitucional de 1988 não é sintético devido ao período ditatorial que o país vivenciou entre 1964 e 1985. Desta feita, se buscou legislar sobre tudo por temor ao conteúdo dos Atos Institucionais (AI) do período mencionado, que possivelmente poderiam se apresentar nos atos legislativos infraconstitucionais. É o que se depreende do entendimento de Gomes e Barreto (2008, p. 227): “A impressão generalizada, especialmente de quem fora vítima da falta de liberdades nos anos anteriores, era a de que seria preciso escrever na Constituição, detalhadamente, tudo o que o Estado não podia fazer, além de tudo o que ele deveria fazer”.

Neste seguimento, é relevante destacar alguns aspectos do período ditatorial com o objetivo de identificar a finalidade das normas em discussão. Em linhas gerais, entre 1964 até o início 1974 alternaram no poder os presidentes Castelo Branco, Costa e Silva e Garrastazu Médici que foram responsáveis pelo período mais obscuro da história do país. Os principais acontecimentos, são respectivamente: instituição do bipartidarismo, promulgação da Constituição de 1967 ratificando o regime militar (Castelo Branco), muitas manifestações contra o governo, passeata dos cem mil, decretação do AI nº 5 que suspendeu muitas garantias constitucionais como o *habeas corpus*, bem como excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados com fulcro nesse Ato Institucional (Costa e Silva). Censura e o milagre econômico que foi responsável pela alta dívida externa que o país sofreu (Médici). Esses foram os principais acontecimentos. Entretanto, se faz necessário observar outros episódios que ocorreram entre 1974 e 1985 (BARRETO; GOMES, 2008).

Pelos acontecimentos citados, ainda que brevemente, já é possível perceber que todos esses governos foram autoritários. Portanto, o governo de Ernesto Geisel é marcado pela volta, paulatina, da democracia. Ainda assim, se percebe medidas autoritárias neste governo, o exemplo bem claro foi o denominado Pacote de Abril que consistiu em um conjunto de medidas responsáveis pelo fechamento do Congresso e a cassação de mandatos. Em 1978, Geisel revogou o AI-5 deixando para João Figueiredo o dever de continuidade do processo de abertura. A sociedade clamava pela democracia. Destaca-se, que Figueiredo sancionou a Lei

de anistia, mas essa não foi bem vista por alguns, pois ela causava a sensação de anistia mútua, isto é, tanto para as pessoas que foram injustamente incriminadas pelo governo, quanto para os responsáveis pelas atrocidades cometidas neste período (BARRETO; GOMES, 2008, pp. 214-217).

Com o fim da censura e a lei de anistia o clima já estava estabilizado e nesse contexto surge o movimento das Diretas Já que pleiteava as eleições diretas para eleger o novo Presidente da República. Desta feita, o deputado Dante de Oliveira apresentou uma Emenda Constitucional neste sentido, mas esta não foi aprovada pelo plenário. Porém, foi realizada uma eleição indireta que buscou eleger uma pessoa que representasse o fim do regime militar, e quem vence é Tancredo Neves que faleceu antes de assumir o cargo. Desta forma, quem assumiu foi o vice José Sarney. Em suma, em fevereiro de 1987 é instalada a Assembleia Nacional Constituinte. Mas, apenas em 5 de Outubro de 1988 é promulgada a Constituição. (BARRETO; GOMES, 2008, p. 220).

Enfim, diante do que foi exposto conclui-se que as Constituições do século XX, designadas contemporâneas, têm um conteúdo que busca harmonizar o liberalismo capitalista e o intervencionismo estatal. Desta feita, em consonância com o contexto histórico traçado há indícios de que a finalidade de se positivar as normas programáticas está vinculada a contenção dos movimentos sociais, que antecederam a promulgação dessas constituições, e a oferecer uma espécie de resposta ao Socialismo. Consequentemente, esses indícios rompem, de uma certa forma, com os nobres ideais do *Welfare State*.

Todavia, essa finalidade aventada a partir do contexto histórico das constituições contemporâneas não equivale a um rompimento com a visão da doutrina clássica, pois antes da positivação das normas programáticas o cenário social brasileiro era bem pior. Logo, com o conteúdo social das constituições contemporâneas o Estado assume, ao menos, o compromisso, de na medida do possível, concretizar o conteúdo dessas normas. Mas, afinal, o que são normas programáticas?

## **1.2 Compreendendo as Normas Programáticas**

### **1.2.1 Conceito**

De acordo com José Afonso (2012, pp. 81- 82) as normas constitucionais classificam-se em normas constitucionais de eficácia plena (desde a entrada em vigor da constituição produzem todos os seus efeitos essenciais, ou podem produzi-los, pois o legislador criou uma

normatividade suficiente), normas constitucionais de eficácia contida (também produzem todos os efeitos, ou tem a possibilidade de produzi-los, mas há a previsão de mecanismos, por exemplo, uma lei ordinária, que permite limitar a eficácia dessas) e, por fim, em normas constitucionais de eficácia limitada (que não produzem seus efeitos essenciais com a entrada em vigor da Constituição, isto é, o legislador constituinte não regulamentou a matéria deixando essa atividade para o legislador ordinário ou para outro órgão do Estado). Essas, desdobram-se em normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo (dependem de legislação infraconstitucional e são diretrizes que tem por escopo estruturar instituições, órgãos ou entidades) e em normas constitucionais de princípios programáticos que são consideradas como:

Normas que, em vez de regular, desde o primeiro momento de modo direto e imediato, determinadas situações e relações (a que se referem), regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem aquilo que os governantes deverão ou poderão fazer (e, inversamente, pois, aquilo que não poderão fazer) relativamente aos assuntos determinados (CRISAFULLI *apud* AFONSO, 2012, p.135).

O conceito elaborado por Crisafulli é bastante esclarecedor, entretanto, ele não trata da finalidade primordial de tais normas que é promover a realização dos fins sociais do Estado. Sendo assim, é essencial trazer à baila o seguinte conceito:

(...) podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinando interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais, e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (MEIRELLES, 1991, p. 324).

Posto isso, é possível afirmar que se está diante de normas que tem por objetivo regulamentar e limitar a atividade dos governantes para atender ao bem-estar da população brasileira, no sentido de corrigir as desigualdades sociais, por meio da execução de algumas ações e serviços. Logo, é fundamental que seja assegurado ao menos o mínimo existencial<sup>1</sup> das normas programáticas, por meio de uma postura ativa dos governantes. Em suma, as normas programáticas ditam os fins sociais do Estado com o escopo de combater o liberalismo econômico. Alerta-se que alguns conceitos, como mínimo existencial, serão abordados mais adiante.

---

<sup>1</sup> Em resumo, é uma medida que está relacionada com a dignidade da pessoa humana, mas com essa não se confunde. Desse modo, apesar do Estado Social se propor a atender ao “bem-estar” de toda a população, de forma ampla, o que na prática não ocorre, é necessário que ao menos o núcleo existencial do vasto conteúdo das normas programáticas seja posto em prática com o intuito de garantir, ao menos, a todos uma “vida digna”.

Ainda na esteira do que leciona Crisafulli (*apud* AFONSO, 2012, p. 135) se afirma que as normas programáticas podem ser classificadas em dois grupos a saber: normas programáticas que determinam os fins a serem alcançados pelos órgãos estatais, mas cabe a tais órgãos decidir quais os meios idôneos para atingir a finalidade prescrita. E normas programáticas que ao prescreverem a finalidade a ser alcançada, pelo menos sinalizam, ainda que sucintamente, os meios adequados para concretizar à finalidade almejada. Dessa maneira, é perceptível que no segundo grupo há uma certa limitação a discricionariedade legislativa.

### **1.2.2 Do caráter jurídico das normas programáticas**

Diante do que foi exposto, cabe neste momento analisar a juridicidade dessas normas. Preliminarmente, acentua-se que atualmente já é pacífico o entendimento de que todas as normas inseridas em uma Constituição são jurídicas, uma vez que, se não fossem consideradas como jurídicas seria fácil descartar a incidência de qualquer norma ao se alegar mera programaticidade delas, haja vista a ausência do caráter jurídico. Portanto, como ensina Ruy Barbosa (1933, p. 489): “não há, numa constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.

Havia uma divergência entre os termos vigência e eficácia, ou seja, para o sociologismo jurídico a vigência estava reduzida ao conceito de eficácia, pois considerava-se que Direito vigente era aquele que obtinha a aplicação eficaz em relação a sociedade e não o que estava simplesmente no texto da lei. Por esse argumento, se entendia que muitas normas programáticas não possuíam vigência até que uma lei infraconstitucional as regulamentassem (AFONSO, 2012, p.64).

No entanto Kelsen (2002), acertadamente, propôs que a vigência está relacionada com a eficácia, mas com essa não se confunde. Ao passo que, a vigência da norma pertence à ordem do dever ser, isto é, refere-se à existência da norma, a eficácia está vinculada a esfera do ser, quer dizer, para que uma norma seja eficaz é necessário que ela seja efetivamente aplicada e seguida. Por conseguinte, os termos vigência e eficácia não se confundem, mas como leciona Coelho (2001, p. 33), sintetizando o pensamento kelsiano: “(...) a ineficácia absoluta compromete a validade da norma jurídica”. Deste modo, conclui-se que o mínimo de eficácia é condição da validade (AFONSO, 2012, p. 62).

Sendo assim, acentua-se que as normas programáticas gozam de eficácia jurídica que consiste na capacidade de se alcançar os fins previstos pela norma, ainda que em longo prazo,

e o fato de todas as normas de uma constituição implicarem na inovação do ordenamento jurídico e vedar o retrocesso legislativo. Desta feita, se configura um indício suficiente para atestar a validade de uma norma. Entretanto, não se pode deixar de mencionar que a eficácia social, ligada a aplicabilidade que consiste na concretização da norma na esfera do ser, é indubitavelmente a finalidade primordial de todas normas constitucionais e por esse motivo é o que todos esperam.

Apesar de atualmente ser indiscutível a eficácia jurídica de todas as normas constitucionais, como mencionado, é importante frisar que muito se debateu sobre essa. Tal discussão iniciou-se pela doutrina norte americana que cria a primeira classificação das normas constitucionais, desse modo, classificando-as em *mandatory provisions* (prescrições mandatórias) que seriam obrigatórias, em virtude da relevância do conteúdo, e em *directory provisions* (prescrições diretórias) o legislador poderia dispor de outro modo, sem que isso corroborasse em inconstitucionalidade. Essa classificação tinha como alicerce a ideia de que existiam normas constitucionalmente formais e materiais, nesse contexto, as formais (diretórias) para eles não possuíam conteúdo constitucional e poderiam ser afastadas, mas as materiais (mandatórias) por serem fundamentais não poderiam ser afastadas. (AFONSO, 2012, p. 71).

A jurisprudência e a doutrina norte-americanas ainda chegaram a classificar as normas constitucionais de acordo com a aplicabilidade dessas em *self- executing provisions*, aplicadas imediatamente, pois já regulamentam toda matéria prevista sem precisar de uma lei posterior, visto que possuem eficácia jurídica plena, e em *not self – executing provisions*, a aplicabilidade depende de leis ordinárias. (BARBOSA, 1933, p. 475).

No Brasil, quem difundiu tal classificação foi Ruy Barbosa, tratando-as, como sendo:

**Normas autoexecutáveis** as determinações, para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. **Não autoexecutáveis** as que não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem. (BARBOSA, 1933, p. 489).

Sintetizando, se conclui que o teor das normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis, pátrias, equivale ao das americanas, *self- executing provisions* e *not self- executing provisions*. Mencionar tais classificações é imprescindível, pois a teoria clássica norte-americana não destaca a relevância das normas programáticas, quer dizer, permite que elas sejam afastadas sem que se configure a inconstitucionalidade e, ainda, deixa claro a existência de normas sem

eficácia e sem imperatividade. Neste contexto alerta Afonso (2012, p. 75): “De fato, a doutrina atual sobre a aplicabilidade das normas constitucionais opõe sérios reparos à teoria exposta e procura reelaborar a matéria, sob outras perspectivas e segundo exigência do conteúdo socioideológico das constituições do após-guerra”.

Vale salientar que a jurisprudência italiana, apesar de ainda não promover um avanço satisfatório em relação as normas programáticas, ao menos, passou a reconhecer a importância dessas. Em 19 de janeiro de 1948, o Tribunal Penal de Roma (TPR) decidiu que as normas da Constituição, inclusive as programáticas, possuem o condão de revogar tacitamente as leis que sejam incompatíveis com elas. Entretanto, outros julgados puseram em dúvida o mérito desse julgamento, isto é, passou-se a questionar a natureza jurídica e os efeitos das normas constitucionais. Tal questionamento corroborou no entendimento de que em uma Constituição existem normas de natureza programática e normas de natureza jurídica, à vista disso, é perceptível o retrocesso da jurisprudência italiana (AFONSO, 2012, p. 77).

Com fulcro no entendimento, insustentável, de que existem normas jurídicas e não jurídicas a doutrina italiana elabora a classificação das normas constitucionais, quanto a eficácia e aplicabilidade em: normas programáticas/diretivas dirigidas ao legislador, que são aquelas que não possuem um conteúdo concreto e não obstam que uma lei infraconstitucional seja incompatível com elas, e muito menos, revoga uma lei anterior que também o seja. Normas preceptivas de aplicabilidade imediata, onde o comando dessas é aplicado de forma direta e imediata e invalidam qualquer lei que seja incompatível. E por fim, em normas preceptivas de aplicabilidade direta mas não imediata, que são aquelas que necessitam de um complemento (uma lei infraconstitucional), invalidam as novas leis incompatíveis, mas enquanto não forem devidamente integradas, não interrompem a eficácia das leis anteriores. (AFONSO, 2012, p. 80).

O fundamento dessa classificação é insustentável porque não existem normas jurídicas e não jurídicas, como já foi mencionado, todas as normas constitucionais são dotadas de imperatividade. Ressalta-se, ainda, que para essa classificação as normas programáticas são ineficazes o que é inaceitável, pois as Constituições contemporâneas, por força do pós-guerra, estão repletas de normas programáticas, sendo assim, são de uma relevância ímpar.

Diante do que foi exposto, surge a necessidade de uma nova classificação partindo do pressuposto de que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica (inauguram uma nova ordem constitucional e revogam as leis com elas incompatíveis) e são executáveis até onde possam. Sendo assim, o que varia é o grau dos efeitos por elas produzidos, isto é, em algumas situações para se alcançar a eficácia jurídica plena (o que foi traçado pelo legislador

em relação ao conteúdo normativo) é preciso uma lei infraconstitucional e/ou que políticas públicas sejam executadas.

Portanto, as normas constitucionais devem ser classificadas com fulcro no grau dos efeitos por elas produzidos. Partindo dessa linha, José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e em normas constitucionais de eficácia limitada, que por sua vez, se desdobram em normas de princípio institutivo e em normas de princípio programático, como foi explicitado no início.

Arrematando, e trazendo a discussão para o tema central que são as normas programáticas, se conclui que essas possuem cada vez mais um caráter vinculativo, isto é, obrigam cada vez mais o Poder Público a cumpri-las e por esse motivo é necessário como já afirmava José Afonso (2012, p. 151): “(...) procurar nova nomenclatura para defini-las”. Complementando o pensamento do mencionado autor, destaca-se:

(...) marcando uma decidida ruptura em relação a doutrina clássica, pode e deve falar-se da “morte” das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas programa que <<impõem uma actividade >> e <<dirigem>> materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: <<simples programas>>, (...)<<aforismos políticos>>(…), juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. (CANOTILHO, 2000, p.1176,). [Sic]

Isso posto, observa-se que elas são dotadas de eficácia e juridicidade e deixaram de ser simples programas no sentido de que a mera alegação da reserva do possível<sup>2</sup>, sem fundamento, já não é suficiente para afastar a concretização dessas. Por conseguinte, em virtude das considerações traçadas é visível a confusão existente em relação à concretização das normas programáticas. Essa discussão será retomada no próximo capítulo.

### **1.2.3 Identificando as normas programáticas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

Todos os esclarecimentos, explicitados até aqui, tem como objetivo discutir a real finalidade das normas constitucionais programáticas localizadas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), desse modo, uma vez tecidos alguns comentários

---

<sup>2</sup> Reserva do possível, em linhas gerais, é uma espécie de condicionante a concretização das normas programáticas, isto é, o Estado só efetiva essas normas na medida em que existem recursos públicos disponíveis. Contudo, ela não se resume a mera escassez de recursos, como se verá.

gerais, se faz fundamental a discussão do tema de forma específica iniciando pela localização destas no ordenamento jurídico pátrio.

As mencionadas normas estão concentradas na CF/88 no Título VII (DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA, arts. 170 a 192) e no Título VIII (DA ORDEM SOCIAL, arts. 193 a 232). Entretanto, elas podem ser localizadas em outros Títulos da Constituição brasileira. Vale acentuar que, segundo José Afonso (2012, p.143) “(...) há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não a indicam”. Isto é, as primeiras estão vinculadas ao princípio da legalidade e conseqüentemente, subordinadas à atividade legislativa, enquanto as outras estão subordinadas aos demais poderes, até onde for possível.

A fim de exemplificar a localização mencionada, José Afonso (2012, p. 144) classificou, ainda, as normas programáticas da Constituição Federal de 88, segundo os sujeitos diretamente vinculados em: “Normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, normas programáticas referidas aos Poderes Públicos e normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social”.

Logo, as normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade são aquelas que carecem de regulamentação infraconstitucional como é o caso do art. 7º, incisos XXVII: “proteção em face da automação, na forma da lei” e IX: “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”. Destaca-se que, neste último exemplo, a Lei nº 10.101 de 19 de dezembro de 2000, regulamenta a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, desse modo, deixando de ser programática pela regulamentação. (AFONSO, 2012, p. 144).

Em relação a essa classificação, normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, Barroso (2009, p. 161) adverte: “em casos como esse não há normas programáticas, porque a Constituição impõe ao legislador uma atuação. Não são normas que preveem um fim a ser alcançado, deixando ao órgão estatal o juízo de conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir”. Esse entendimento ganha força em virtude da existência do Mandado de Injunção (MI) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>3</sup> (ADO). Porém, apesar de tal argumento ter fundamento, a realidade é que, após aproximadamente 28 anos da promulgação CF/88, existem inúmeros dispositivos constitucionais que não foram regulamentados.

---

<sup>3</sup> São garantias constitucionais que visam corrigir as omissões legislativas.

No que tange as normas programáticas referidas aos Poderes Públicos, é possível relatar que algumas vinculam à União, como por exemplo, o art. 184: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, (...)” e outras incluem os órgãos estaduais e municipais, como por exemplo o art. 218: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. Ao final, para que essas normas sejam aplicadas é necessário que exista uma atuação da Administração Pública. (AFONSO, 2012, p.146).

Por fim, em relação às normas programáticas dirigidas à Ordem Econômica e Social, cita-se, a título de exemplo o art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Pelo exemplo citado, se percebe o grau de abstração dessas. Desta monta, José Afonso (2012, p. 147) concluiu que não seria adequado incluir o direito à saúde (art. 196) e a educação (art. 205) nesta espécie porque tais direitos impõem um dever vinculativo ao Estado e se ele não cumpre, não há que se falar em programaticidade, mas em desrespeito ao direito e descumprimento de norma.

Acerca da ressalva mencionada anteriormente, é importante destacar que se está diante de direitos sociais e parte da doutrina advogava a tese de que esses seriam garantias institucionais<sup>4</sup> e não direitos fundamentais subjetivos, ou seja, não poderiam ser pleiteados por via judicial. Contrariando esse entendimento a Constituição Federal de 88 incluiu tais direitos no rol dos direitos fundamentais, pois o fato de dependerem da atuação do governo para que possam ser concretizadas, tal premissa não retira o caráter subjetivo de tais direitos. (AFONSO, 2012, p. 148).

Neste contexto, se conclui, que as normas programáticas da CF/88 têm por escopo mapear as diretrizes do Estado Democrático Direito, que por sua vez, é uma “conquista histórica”, desse modo, primando sempre pelo bem-estar da população brasileira. Tais normas, são dotadas de eficácia jurídica e tem por característica a inquestionável vinculatividade o que leva a vários doutrinadores a questionar a nomenclatura dessas. Bem como, vedam o retrocesso, ou seja, leis anteriores ou posteriores que contrariem o conteúdo das normas programáticas, são respectivamente, não recepcionadas e revogadas.

Ademais, algumas carecem de regulamentação legislativa/executiva, podem ser endereçadas aos Poderes da União, ou até mesmo, aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal e outras pelo grau de abstração não podem ser pleiteadas diretamente, pois o conteúdo

---

<sup>4</sup> “A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia numa imposição dirigida ao legislador (...). Não se trata, porém, ainda, do reconhecimento de direitos subjetivos (...)” (CANOTILHO, 2000, p. 475). [sic]

só pode ser concretizado a longo prazo. Por essas últimas serem muito abstratas, as normas que tratam do direito à saúde e à educação não se encaixam na classificação tratada há pouco.

Entretanto, não se pode olvidar o “caráter programático” de tais normas (programático, não no sentido de ausência de vinculatividade, mas em relação a concretização de tais normas pelas instâncias políticas, pois essas demandam a aplicação de verbas públicas e um determinado lapso temporal para que os investimentos e resultados sejam otimizados), apesar de ser inquestionável o título de direitos fundamentais que trazem consigo.

Portanto, é de importância ímpar analisar a aplicabilidade de tais normas em face do art. 5º, §1º, CF/88. Bem como, observar o modo que a norma programática que versa sobre o direito à saúde (art. 196, CF/88) vem sendo concretizada, no Brasil. Todavia, preliminarmente é essencial discutir a (real) finalidade das ditas normas programáticas em face do constitucionalismo da verdade advogado por José Roberto Dromi.

### **1.3 Para Além da Vedação ao Retrocesso: O Constitucionalismo da Verdade é à Saída?**

De acordo com o que foi relatado, até o presente momento, não há controvérsias em relação ao fato de que as normas programáticas vinculam todos os Poderes, e por esse motivo a nomenclatura “programática” já é considerada ultrapassada por muitos doutrinadores. Da mesma maneira, se destaca que a doutrina pátria é uníssona em relação ao caráter jurídico das normas programáticas, ou seja, as leis infraconstitucionais anteriores ou posteriores, cujo conteúdo é infenso ao delas, respectivamente, podem ser revogadas e declaradas como inconstitucionais. Desta forma, garantindo a vedação ao retrocesso legislativo. Todavia, a controvérsia está vinculada ao fato de muitas normas programáticas, após aproximadamente 28 anos da promulgação da Constituição Brasileira de 88, carecerem de regulamentação, de políticas públicas ou ainda da execução dessas políticas.

Neste diapasão, parte da doutrina moderna assevera que as normas programáticas seriam um meio de alienar a população com o escopo de conter as reivindicações de massa, típicas dos movimentos sociais citados, por meio da promessa de concretizar o conteúdo dessas, o que se daria pela própria etimologia da expressão “programática” que se localiza na esfera do possível e não como um comando imperativo. Outra crítica está conectada ao fato das normas em discussão substituírem as decisões democráticas por um dirigismo estatal autoritário. (PUCCINELLI, 2014, p. 119).

Porém, outra parte da doutrina argumenta que essas críticas possuem fundamentos duvidosos, pois apesar de algumas não terem sido regulamentadas elas gozam da eficácia

negativa, vedação ao retrocesso, e por esse motivo não têm o objetivo ímpar de alienar a população, destaca-se, neste sentido, o MI e a ADO como meios para se alcançar o conteúdo dessas normas. No que se refere ao dirigismo estatal, esse não elimina democracia, pelo contrário, sinaliza a atuação dinâmica que todos os poderes devem desempenhar em relação à concretização das normas programáticas. (PUCCINELLI, 2014, p. 119).

Ora, diante desse impasse o constitucionalismo do por vir é a saída? É imprescindível, antes de responder a indagação, definir o constitucionalismo como:

Um movimento associado à limitação jurídica do poder e à preservação de direitos fundamentais, que apresenta nítidas limitações jurídicas e sociais. Juridicamente, ele revela as vantagens de um sistema dotado de um diploma normativo superior e que impõe restrições materiais, orgânicas e processuais aos governantes (Constituição). Sob o prisma sociológico, enfatiza a mobilização popular que deu origem ao constitucionalismo e estancou inúmeras pretensões abusivas (PUCCINELLI, 2014, p.24).

Isto posto, se conclui que o constitucionalismo é um movimento que tem por objetivo limitar o poder e buscar a afirmação dos direitos fundamentais. Muitos desses movimentos são identificados ao longo da história. Portanto, é fundamental destacar o constitucionalismo contemporâneo, pois ele é uma espécie do gênero constitucionalismo, que por sua vez, está ligado aos movimentos que antecederam a promulgação das Constituições programáticas/ dirigentes, isto é, aquelas que trazem em seu bojo metas a serem atingidas pelo Estado. O movimento foi destacado, pois a partir da Constituição Federal de 1988, será traçado um paralelo com o constitucionalismo da verdade advogado pelo Argentino José Roberto Dromi. (LENZA, 2012, p. 59).

Destaca-se que o constitucionalismo do por vir está ligado a busca pelo equilíbrio entre o constitucionalismo moderno (liberalismo exacerbado) e os excessos do contemporâneo (programaticidade intensificada). O constitucionalismo do futuro, está fundamentado em sete valores, a saber: verdade (só se pode prometer o que for viável cumprir), solidariedade (eliminação das discriminações entre os povos), consenso (a Constituição deve ser resultado do consenso democrático), continuidade (não se pode romper com o que já foi conquistado), participação (democracia participativa que envolve todos os segmentos da sociedade, integração (globalização da moral e da ética em relação ao povos, por meio dos organismos supranacionais) e a universalização (os Estados devem aderir uma pauta comum em relação aos direitos humanos) (LENZA, 2012, p. 59).

Para fins, de identificar se à solução para os indícios aventados em relação a (real) finalidade das normas programáticas é necessário fazer um recorte, extraindo o valor intitulado verdade, do movimento mencionado anteriormente. Desta feita, partindo da ideia de

que só pode constar nas constituições o que é viável cumprir, há quem afirme que as normas programáticas que são “quase inalcançáveis” devem ser expurgadas do ordenamento jurídico e aquelas que não são implementadas por falta de motivação do Estado, devem ser cobradas com mais força. (LENZA, 2012, p. 59).

Finalmente, com respeito, aos entendimentos mencionados, se conclui, em consonância com todas as nuances do tema, analisadas neste capítulo, que o constitucionalismo da verdade não é a saída. Visto que, quem advoga a expurgação de algumas ou de todas as normas programáticas do ordenamento jurídico, acaba olvidando a importância à vedação ao retrocesso legislativo. Porém, vale salientar que é preciso ter ciência de que a vedação ao retrocesso não é a finalidade primordial dessas normas, ou seja, o objetivo é que o conteúdo dessas se concretize.

Nessa esteira, de acordo com o lapso temporal da promulgação da CF/88, já mencionado, se observa que há indícios de que a finalidade de se positivar as normas programáticas foi conter os movimentos sociais e pela ausência de regulamentação infraconstitucional de algumas normas e os problemas oriundos da concretização de outras, essa finalidade está se encaixando no atual contexto histórico brasileiro, no sentido de coibir o surgimento de revoltas sociais.

Outrossim, há indícios de que as normas programáticas da Constituição Federal de 88 estão desempenhando, em geral, até o presente momento, o papel de ludibriar a população. Desta feita, o cidadão brasileiro precisa refletir e conseqüentemente ter uma postura mais ativa no sentido de cobrar mais do Poder Público a concretização das normas programáticas que, apesar da finalidade inicial não ser “tão nobre”, representam alguns avanços sociais e por isso são fundamentais. É impossível não destacar a seguinte crítica:

Ora, é farta a jurisprudência brasileira atestando a incapacidade do Estado em atender a todas às necessidades constitucionalmente previstas. Basta ver as questões envolvendo internações hospitalares à base de comando judicial (...) Afinal, o que mais é isso que não o compromisso com a verdade? A atestação de incapacidade estatal em atender e solucionar as mazelas sociais é a demonstração da verdade, nua e crua, de que o Estado não é onipresente o bastante como um dia pensou o bem-estar social. (LAZARI, 2011, p. 104).

Ao contrário do que foi relatado, assevera-se que o *Welfare State* desde o início tinha ciência de que o Estado não era onipresente, como foi demonstrado nas linhas anteriores. Entretanto, o fato é que as normas estão positivadas e por isso precisam ser cumpridas. Neste sentido, a crítica em relação ao constitucionalismo da verdade é super válida, uma vez que, é preciso reconhecer que a postura do judiciário, nos últimos anos, tem se mostrado crucial no que se refere ao cumprimento das normas programáticas, isto é, fazendo valer o texto

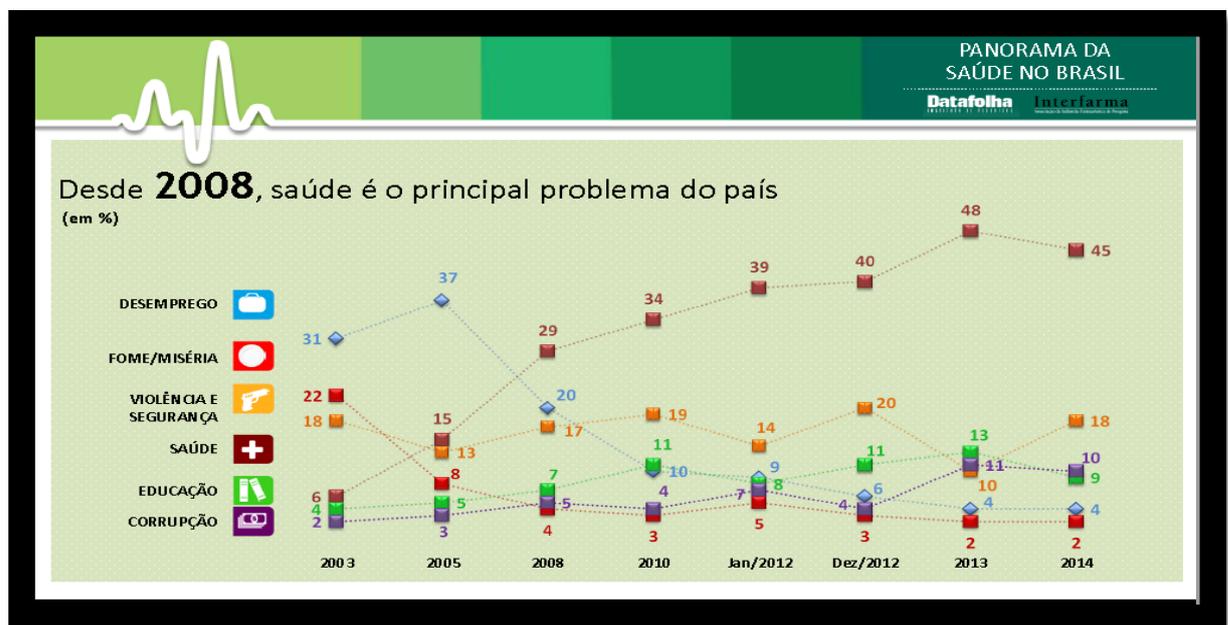
constitucional. Todavia, cabe refletir sobre até que ponto é saudável a intervenção do judiciário e sobre “os problemas” enfrentados pelas instâncias políticas em relação a concretização do direito à saúde.

## CAPÍTULO 2. NORMAS PROGRAMÁTICAS EM ESPÉCIE: DIREITO À SAÚDE

### 2.1 Justificando a Escolha do Direito à Saúde

Dentre as diversas normas programáticas espalhadas pelo texto constitucional, se optou pela norma que versa sobre o direito à saúde por alguns motivos. De acordo com uma pesquisa solicitada pela Interfarma - Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa, ao Datafolha, desde 2008 a saúde é o maior problema do país. Bem como, 62% dos brasileiros classificaram a saúde no Brasil como ruim ou péssima e nas cidades maiores a avaliação negativa chegou a 70%, conforme as seguintes figuras.

**FIGURA 1.** Principais problemas do Brasil de 2003 a 2014

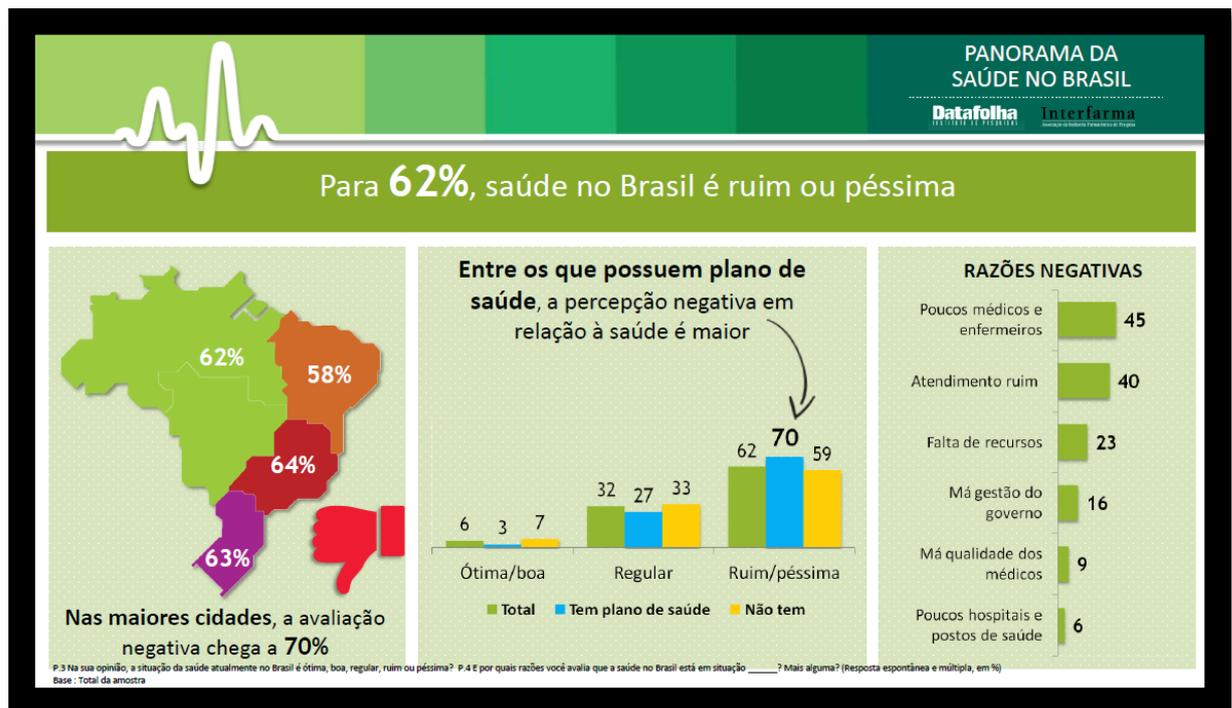


Fonte: Datafolha/ Interfarma (2014).

O resultado dessa pesquisa demonstra que de 2008 até 2014 a saúde foi considerada o principal problema do Brasil. Em 2003 a maioria dos entrevistados entendiam que o desemprego, a fome/miséria e a violência/segurança eram os principais problemas, ou seja, o bem-estar social que é uma das bandeiras da Constituição Brasileira de 88, após 15 anos de sua promulgação, já se mostrava em crise. Neste mesmo período a saúde ocupava o quarto

lugar como um dos principais problemas. Já em 2005, a saúde passou a ocupar o segundo lugar no ranking ficando abaixo apenas do desemprego. Esses dados demonstram que a saúde, em todos os anos representados na figura, sempre foi um dos principais problemas do Brasil.

**FIGURA 2.** Resultado sobre a opinião dos brasileiros em relação a situação da saúde no Brasil



Fonte: Datafolha/Interfarma (2014).

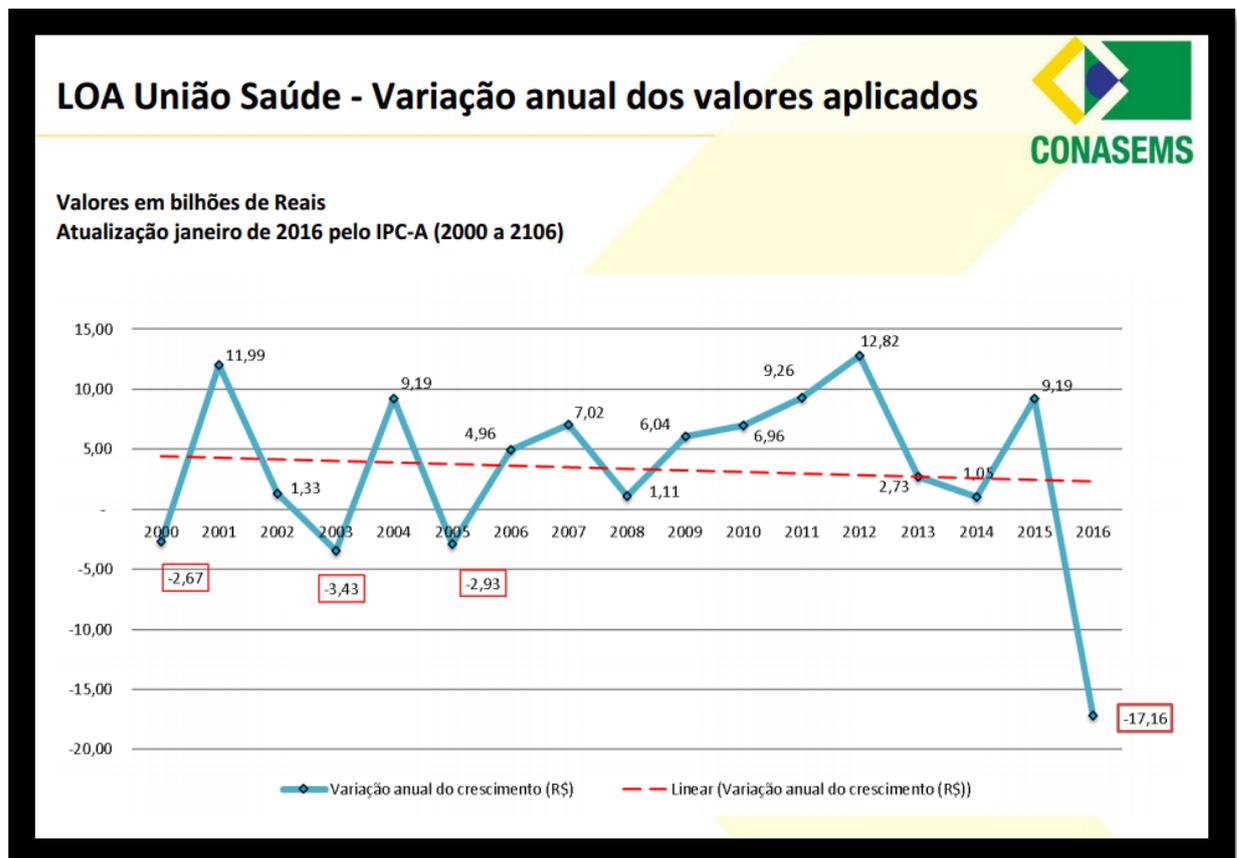
De acordo com os dados dessa figura a maioria dos entrevistados classificaram a saúde no país como ruim ou péssima e a principal razão seria a insuficiência de profissionais e a ausência de qualificação dos existentes, tendo em vista o mau atendimento. Esses dados deixam clara a insatisfação da população com a saúde e conseqüentemente deixa transparecer por meio desses a descrença dos entrevistados no texto constitucional.

Vale salientar que a pesquisa supramencionada foi realizada em 2014 e foram entrevistadas 2.019 pessoas, a partir de 16 anos, de todos os níveis econômicos e em todas as regiões do país. Essas entrevistas foram distribuídas em 140 municípios, em cidades da região metropolitana e interior. Destaca-se que a margem de erro é de 2,0 pontos percentuais.

Ademais, realça-se, de acordo com os dados do CONASEMS (2016, p. 5), a partir de uma análise realizada em relação à Lei Orçamentária Anual (LOA) dos anos 2000 até 2016,

que é perceptível o subfinanciamento do direito à saúde, isto é, ao longo desses anos há uma tendência do Governo Federal de cada vez mais diminuir os investimentos em relação à saúde. Nesse sentido, é preciso alertar que a redução de investimentos endereçados ao Ministério da Saúde se agravou entre 2015 e 2016, posto que a queda desses foi superior a R\$17 bilhões de reais. Desse modo, esse corte de investimentos repercute no número de ajuizamento de ações que buscam a concretização subjetiva do direito em discussão. Os mencionados dados são ratificados pelo seguinte gráfico:

**GRÁFICO 1.** Variação dos valores investidos na Saúde, previstos na LOA de 2000 a 2016



Fonte: CONASEMS (2016).

Outrossim, o ministro Ricardo Lewandowski no dia 10 de setembro de 2014, dia de sua posse como Presidente do STF, reconheceu que o Poder Judiciário vem superando a hermenêutica mais ortodoxa que se limita a desvendar o Direito a partir das regras jurídicas e está passando a desvendá-lo nos princípios, desse modo, rompendo a visão meramente programática e indicativa das normas em comento. Nessa esteira, o Supremo Tribunal

Federal, em especial, está intervindo em situações limítrofes onde as instâncias políticas não vem entrando em consenso para dirimi-las. Logo, é notória a participação ativa do STF na formulação de políticas públicas, especialmente em relação à saúde (LEWANDOWSKI, 2014, p.3).

Em seu discurso, também mencionou, que em 2013 foram distribuídos 44.170 processos aos onze ministros e diante desse quadro de crise institucional ele visualizou uma oportunidade para que o STF e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possam atingir algumas metas que, de um modo geral, estão vinculadas ao julgamento mais célere dos recursos. Sendo assim, essa meta de conferir um julgamento célere aos recursos aliada ao subfinanciamento do direito à saúde impactam na forma como esse direito é concretizado, tendo em vista essa nova postura do judiciário (LEWANDOWSKI, 2014, p. 3).

Portanto, os motivos da escolha estão conectados a assimetria entre o que a norma que versa sobre o direito à saúde prescreve e a realidade social, tendo em vista a avaliação negativa da situação da saúde no Brasil. O subfinanciamento do direito à saúde que se agravou entre 2015 e 2016, por meio da redução de investimentos que foi superior a R\$ 17 bilhões, e o discurso do então presidente do STF, até a metade do ano 2016, que demonstrou atribuir celeridade ao julgamento dos recursos. Desse modo, restando demonstrada a relevância de se analisar a concretização da norma que versa sobre o Direito à Saúde.

## **2.2 Identificando as Dimensões do Direito à Saúde e o Problema da Concretização**

Além da necessidade de se fazer uma análise crítica sobre a (real) finalidade das normas programáticas é imprescindível averiguar a concretização dessas normas que pelo modo que estão positivadas em nosso texto constitucional se apresentam como essenciais para todos os brasileiros. Sendo assim, o suporte para a análise da concretização será o direito à saúde pelos motivos expostos anteriormente.

No Brasil o direito à saúde, reconhecido como direito fundamental, foi positivado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988. As constituições anteriores foram bem reservadas nesse aspecto. Desse modo, salienta-se que a Constituição de 1824 só garantia os “socorros públicos” (art. 179, XXXI), sendo perceptível que tal garantia era muito vaga e se distanciava bastante da forma como à saúde está garantida no texto constitucional de 1988. Todavia, é possível identificar na Constituição de 1934, que inaugurou o *Welfare State* no Brasil, um posicionamento mais próximo da proteção atual apesar de não assegurar de modo

expresso o direito à saúde (LEAL, 2003, pp. 627-628). É o que se depreende do texto constitucional de 1934:

Art. 138- Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

As Constituições brasileiras de 1937 e a de 1946 não apresentaram nenhum resquício de proteção ao direito em discussão, já a de 1967, a pesar do Brasil ser signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que consagrou à saúde como um direito universal, só tratou desse no art. 8º, XIV: “Compete à União: estabelecer planos nacionais de educação e de saúde”. Desta feita, apesar da relevância do direito, apontada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Constituição de 1967 foi muito indiferente em relação à saúde, uma vez que, só determinou o estabelecimento de planos nacionais sem maiores detalhes (LEAL, 2003, pp. 627-628).

Diante do breve panorama traçado em relação à positivação do direito a saúde é perceptível a indiferença dos primeiros constituintes em relação a esse bem jurídico que é essencial à vida de todos. Todavia, ainda que de forma tardia, após 40 anos de promulgada a DUDH, a Constituição Brasileira de 1988 confere um tratamento bastante detalhista a esse bem jurídico, tendo em vista a sua essencialidade.

Neste sentido, vale destacar que no corpo da CF/88 esse direito está previsto inicialmente no Título II- DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, Capítulo II, art. 6º: “São direitos sociais a educação, saúde, alimentação (...)”, e posteriormente é possível identifica-lo no Título VII- DA ORDEM SOCIAL, Seção II- Da Saúde, art. 196 ao 200. Frisa-se que o art. 196, CF/88 reza: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. É essencial destacar a redação desse artigo, pois ele traz as principais nuances do direito em análise e é corolário para o estudo da concretização dessa norma programática.

Nessa esteira, é pertinente realizar uma breve explanação sobre os principais aspectos do artigo 196, supramencionado. Inicialmente, é possível identificar que tanto a coletividade quanto o indivíduo, singularmente, são titulares desse direito. Contudo, apesar da existência desse direito público subjetivo, titularidade individual, é importante aclarar que não se trata de um direito absoluto, ou seja, não é razoável que o indivíduo postule, judicialmente, a concretização desse direito no sentido de exigir qualquer tipo de prestação que vise à

proteção/ promoção da saúde, mas que essa postulação esteja pautada, via de regra, na concretização de prestações que estejam previstas em políticas públicas (MENDES, 2012, p. 953).

De um modo geral, se busca alertar para o fato de que quando uma política pública prevê uma prestação material, conseqüentemente existe uma verba que está destinada para respectiva concretização. Da mesma forma, não se pode olvidar que a norma programática que versa sobre o direito à saúde é aberta tendo em vista os inúmeros procedimentos médicos recém-descobertos e outras variantes, que na medida em que existem recursos públicos serão efetivados. Isto é, algumas vezes a Administração Pública acaba realocando grande parte das verbas destinadas a coletividade para atender a um caso específico (como se verá adiante).

Logo, é importante destacar que tal argumento não busca tutelar as omissões do Poder Executivo, mas estabelecer uma análise madura sobre a titularidade individual desse direito e a respectiva concretização que deve ter como parâmetros a razoabilidade e a proporcionalidade por se tratar de uma norma aberta.

Neste diapasão, fica claro a relação obrigacional existente entre a população brasileira, inclusive os estrangeiros residentes no país, e o Estado. Os primeiros como credores e o último com a incumbência de assegurar esse direito por meio de políticas públicas econômicas e sociais. É importante mencionar que ao se atribuir o mencionado dever ao Estado é preciso entender que esse dever não é exclusivo da União, isto é, se estende aos demais entes federativos, quais sejam Estados, Distrito Federal e Municípios, nos moldes do art. 23, II, CF/88 (MENDES, 2012, p. 953).

No que tange as políticas sociais e econômicas que são, em linhas gerais, instrumentos que visam distribuir os recursos escassos para todas as searas que se encontram no seio da constituição, essas em relação à saúde devem visar não só promovê-la e recuperá-la, mas principalmente atuar de forma preventiva, por meio de ações que se destinem a reduzir o risco de doenças e outros agravos. Inclusive o art. 198, II alerta que as atividades preventivas são prioritárias, sem prejuízo dos demais serviços. Do mesmo modo, não é razoável esquecer que as mencionadas políticas devem se direcionar também a possibilitar o acesso paritário de todos às ações e serviços conectados a prevenção, promoção e recuperação da saúde.

Enfim, após traçar os principias aspectos do art. 196 é importante mencionar que a Constituição Federal de 88 revolucionou a rede de saúde no Brasil, pois a partir da promulgação dessa as ações e serviços de saúde passaram a integrar uma rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada, com direção em cada esfera do governo. Desse modo,

constituindo um Sistema Único de Saúde (SUS) que dentre outras atribuições, destaca-se as previstas no art. 200, CF/88:

- Art. 200 (...) I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos.  
 II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;  
 III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;  
 IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;  
 V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;  
 VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;  
 VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;  
 VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

As atribuições do SUS previstas no artigo supramencionado correspondem, em síntese, a fiscalização da produção de medicamentos, de alimentos e bebidas, de todo o procedimento das substâncias e produtos psicoativos, tóxico e radioativos. Execução de ações na seara preventiva, participação da formulação da política e colaboração para proteção do meio ambiente, que por sua vez engloba o ambiente de trabalho. Destaca-se que o inciso V sofreu uma modificação, em virtude da EC nº 85 de 26 de fevereiro de 2015 que acrescentou o termo inovação no sentido de incentivar cada vez mais a pesquisa e a tecnologia e consequente gerar invenções nessa seara que é tida como fundamental.

É perceptível que o texto constitucional traça um rol bem amplo sobre as atribuições do modelo organizacional da saúde no Brasil, mas esse rol não é taxativo, pois a norma constitucional não exclui outras atribuições que estejam previstas nos termos da lei. Sendo assim, as leis infraconstitucionais que regulamentam esse sistema são a Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, e a Lei nº 8.080 de setembro de 1990 que regulamenta as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e funcionamento dos respectivos serviços e outras providências. (MENDES, 2012, p. 956).

Nos termos do art. 199, CF/88 as instituições privadas poderão integrar o SUS, ainda que instituído como sistema público, para fins de complementar esse, desde que essa participação esteja pautada nas diretrizes desse sistema e por meio de contrato de direito público ou convênio. Ressalta-se que as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos tem preferência, bem como que é vedado o repasse de recursos públicos para o auxílio ou

subvenção das instituições privadas com fins lucrativos e a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros no SUS, ressalvados os casos previstos na lei. (MENDES, 2012, p. 956).

O sistema de saúde brasileiro da forma como está positivado é elogiável, visto que a forma descentralizada e subordinada busca garantir uma maior efetividade ao direito à saúde. Mas, seria ótimo se ele de fato funcionasse. Neste diapasão, Bulos (2015, p. 1574) é categórico: “Ora, o Brasil seria a melhor das nações se um sistema de saúde, chamado único, funcionasse do modo como a Constituição o prevê. Será que conseguiremos? ”.

Após a apresentação das principais nuances do direito, conforme a constituição é importante sublinhar que muito se discute sobre jus fundamentalidade dos direitos sociais, frisa-se que o direito à saúde é um direito fundamental, pois de acordo com Pivetta (2015, p.34) ao se comparar esses com os direitos de liberdade se vislumbra a impossibilidade de coloca-los sob o mesmo regime jurídico-constitucional, tendo em vista as características distintas desses. Por conseguinte, há quem advogue que é impossível atribuir a categoria de direitos fundamentais a ambos. Contudo, pelas peculiaridades dos direitos em discussão há quem entenda que o regime jurídico constitucional deve ser o mesmo. Entretanto, também há quem tenta encontrar um equilíbrio, ou seja, buscam estruturar um regime jurídico intermediário, pois acreditam que tanto os direitos sociais, quanto os direitos de liberdade merecem um tratamento jurídico específico.

Apesar de ser relevante destacar esses questionamentos, no Brasil essa discussão não é central, uma vez que, a Constituição de 88 atribui aos direitos sociais à categoria de direitos fundamentais. Inclusive, o direito à saúde é um direito social e fundamental em virtude de estar positivado no Título II, Capítulo II. Desta feita, deixando clara a posição do constituinte em oferecer esse tratamento ao direito em discussão. Todavia, o buslis é a concretização desse direito, ou seja, sobre quem teria competência para concretizá-lo, isto é, para definir o seu alcance e conteúdo (NOVAIS, 2010, p. 32).

Como já sinalizado no item 1.2.3, deste trabalho, se faz necessário analisar à aplicabilidade das normas constitucionais programáticas em face do art. 5º, §1º da CF/88 que reza:

Art. 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, nos seguintes termos §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Contudo, vale salientar que para fins de direcionar a pesquisa é corolário realizar um recorte, uma vez que, ao longo do texto constitucional existe uma gama de normas programáticas que mesmo após, aproximadamente 28 anos, da promulgação da CF/88, ainda carecem de regulamentação infraconstitucional, como por exemplo, o art. 7º, incs. XI, XX, XXVII que regulamentam direitos trabalhistas, ou de Criação e/ou Execução de Políticas Públicas como os artigos 196 (Direito à saúde), 205 (Direito à Educação) e 215 (Direito à Cultura).

Desta forma, este trabalho se propõe a examinar a aplicabilidade e concretização da norma programática insculpida no art. 196, CF/88 que versa sobre o Direito à saúde. Entretanto, é de relevo destacar que apesar do recorte está vinculado à norma prevista no art. 196, o estudo da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais espriará, ainda que de forma sucinta, na análise genérica de outras normas programáticas. Feitas as considerações essenciais, se passa a análise do tema.

Preliminarmente, é importante mencionar que o termo aplicabilidade imediata está conectada à eficácia social que, por sua vez, está ligada a ideia de efetividade que consiste na concretização do que a norma regulamenta no plano fático (esfera do ser). Desse modo, a problemática se localiza no fato do supratranscrito § 1º, art. 5º fazer alusão a essa aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Dentre os obstáculos responsáveis pela polêmica em discussão destaca-se a divergência doutrinária quanto a extensão desse artigo, pois ele se encontra posicionado no Título II, Capítulo I- DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS-, nesta senda, alguns doutrinadores entendem que tais direitos se referiam apenas aos direitos de liberdade que estão catalogados nesse capítulo. Entretanto, ao se proceder a uma hermenêutica dogmática é perceptível que o próprio texto constitucional não faz nenhuma restrição às categorias de direitos fundamentais. Por conseguinte, a mencionada restrição não deve prosperar por não ser razoável (PIVETTA, 2014, p. 49).

No que tange a essa aplicabilidade imediata, uma vez pacificado que ela se estende a todos os direitos fundamentais, o principal infortúnio está vinculado as normas programáticas, posto que essas trazem em seu seio os direitos sociais, que por sua vez, demandam direcionamento do dinheiro público para que sejam aplicadas. Isto posto, se constata que é imprescindível que o Poder Público adote uma postura ativa, série de condutas, com o escopo de proteger e promover esses direitos. Logo, como as mencionadas normas não delimitam o conteúdo dos direitos que regulamentam, deixando essa atividade para o Poder Executivo ou Legislativo, essa situação corrobora na “indeterminação” do respectivo dever estatal e na

“aparente” incompatibilidade com o § 1º, art. 5º, Constituição Federal de 88 (PIVETTA, 2014, p. 53).

Sendo assim, a mencionada inexatidão, quanto à definição das providências que o Poder Público precisa realizar para que o direito seja concretizado, está estampada no art. 196, CF/88. Não obstante, a “inexatidão” do direito à saúde é preciso sublinhar, em consonância com Alexy (2007, p. 186) que por ser um direito fundamental esse possui um caráter multifuncional, posto que não atua, tão somente, como um direito a prestação, que é sua característica preponderante, mas também como um direito de defesa. Observa-se o seguinte pensamento:

Um cidadão brasileiro que dispõe de plano de saúde (...) como já desfruta de uma boa cobertura privada contra moléstias que lhe ataquem, sem que isso lhe onere de maneira significativa, é plausível que lhe revele a dimensão negativa desse direito social, ou seja, que ao menos o Estado se abstenha de intervir arbitrariamente sobre suas escolhas individuais, por exemplo, em relação aos médicos que pretende consultar. Por outro lado, ocorrendo uma repentina epidemia de gripe aviária, (...), este mesmo indivíduo pode passar a exigir que o Estado adote as medidas necessárias para que seja viabilizado o acesso universal à vacina (PIVETTA, 2014, p. 41).

Portanto, apesar de no primeiro capítulo, deste trabalho, se ter destacado o caráter prestacional dos direitos sociais, não se pode esquecer da multifuncionalidade dos direitos fundamentais que foi demonstrada no exemplo mencionado. Desse modo, tal multifuncionalidade do direito à saúde certifica sua complexidade.

Realça-se, ainda, que o direito à saúde é ambivalente, pois possui uma função preventiva que busca reduzir o risco de doenças e outros agravos, bem como uma de promover este direito, por meio de políticas sociais e econômicas. Neste contexto, cumpre informar que existem leis, como a Lei n. 9.782 de 26 de janeiro de 1999 que instituiu a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), cuja finalidade primordial é promover a proteção da saúde da população. E políticas públicas, conforme a Política de Assistência Farmacêutica que dentre outras atividades se destaca a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) que confirmam a ambivalência desse direito (PIVETTA, 2014, p. 54).

Sem embargo, das leis e políticas públicas existentes, devido a complexidade desse direito, essas se mostram módicas. Frisa-se, ainda, que apesar de existirem algumas políticas públicas muitas delas não são executadas. Por conseguinte, a priori, se conclui que o conteúdo do art. 5º § 1º, CF/88 seria totalmente incompatível com a realidade do direito à saúde, pois para que ele seja concretizado é preciso uma série de medidas, que inclusive até o presente

momento são escassas, o que se contrapõe à aplicabilidade imediata daquele artigo. (PIVETTA, 2014, p. 55).

Contudo, de acordo com a doutrina clássica essa incompatibilidade é aparente, pois trata-se de uma norma que é aplicável até onde possível for, ou seja, em harmonia com as condições estabelecidas pelas instituições. Nessa esteira, o Poder Judiciário não poderia se esquivar, ao ser invocado, de concretizar o mencionado direito. É o que se depreende dos seguintes ensinamentos sobre a aplicabilidade imediata das normas programáticas:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes (AFONSO, 2012, p. 161).

É importante informar que o próprio texto constitucional traz em seu seio uma série de instrumentos que visam conferir aplicabilidade imediata a todas as normas constitucionais. Dentre esses instrumentos destaca-se o MI, que tem, no geral, o objetivo de viabilizar o exercício de um direito constitucional que está sendo inviabilizado pela ausência de regulamentação (art. 5º, LXXI), a ADO, que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão deve se dar ciência ao Poder competente para que sejam adotadas as medidas necessárias (art. 103, §2º), e a criação de leis por iniciativa popular, que acabam contribuindo para integração das normas programáticas (art. 61, § 2º).

Todavia, a não incompatibilidade, alegada pela doutrina constitucionalista clássica, entre as normas programáticas, destaca-se a que versa sobre o direito à saúde, e a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, no sentido dessa servir como um mandado de otimização, ou seja, os direitos são concretizados na medida em que existem recursos não pode servir como desculpa para não concretização do direito à saúde, pois é visível o subfinanciamento desse direito. Logo, tal subfinanciamento não coaduna com esse mandado de otimização. Vale dizer, ainda, que os próprios instrumentos que buscam a concretização das normas programáticas são falhos, uma vez que, o STF restringiu o MI a um meio de mera obtenção de declaração de inconstitucionalidade por omissão, que por sua vez apenas dá ciência ao legislador da situação sem obrigá-lo a legislar e a iniciativa popular que apesar da complexidade para se propor o projeto esse pode ser rejeitado. (AFONSO, 2012, p. 162)

Não obstante ser um fato os problemas enfrentados pela população brasileira em relação à saúde é importante aclarar que existem políticas públicas, mas essas carecem de execução. Desse modo, o que se tem percebido é a forte presença do Judiciário no sentido de

concretizar não apenas o direito à saúde, mas outros direitos fundamentais. Essa presença marcante do Judiciário não é, inicialmente, tida como negativa, uma vez que apenas nos países democráticos é possível que o mencionado Poder tenha força e conseqüentemente seja o centro de todas as atenções. (MENDES, 2012, p. 954)

Porém, tal postura corrobora no comodismo das instâncias políticas e gera um desalinhamento no orçamento público, visto que o Judiciário para atender a um direito subjetivo pode gerar o desvio de uma verba que estava destinada à concretização de políticas públicas que alcançariam toda população. Desse modo, cabe refletir sobre os prismas dessa postura contemporânea do Judiciário, em virtude da ampla Judicialização do direito em comento.

Em suma, a aplicabilidade imediata do direito à saúde vem gerando uma confusão na concretização desse direito, que como já mencionado corrobora na titularidade individual desse e conseqüentemente na judicialização da matéria, o que em alguns casos é um problema. Por conseguinte, Novais (2010, p. 28) afirma: “(...) estratégias estritamente políticas de realização prática dos direitos sociais nem sempre são capazes de viabilizar a efetividade desses direitos”.

Para o mencionado autor, o fato do direito social estar positivado (estratégia política), isso corrobora na ideia de que quanto mais estratégias (judicialização) para conferir efetividade ao direito, seria melhor. Porém, consoante seus ensinamentos, na prática nem todas as estratégias podem conferir mais efetividade, pelo contrário, podem gerar mais confusão. Desta forma, é pertinente observar os limites da concretização desse direito pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.

### **2.3 O Poder Executivo: Concretização do Direito à Saúde Frente a Reserva do Possível**

Conforme a Constituição Federal de 88, arts. 196 e 23, II, compete ao Estado, entenda-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios, realizar ações e serviços de saúde, por meio do SUS. Portanto, conclui-se que o Poder Executivo de todos os entes federativos tem a incumbência de realizar aquelas por meio do SUS que é produto da evolução do Sistema Nacional de Saúde, instituído pela Lei n. 6.229 de 17 de julho de 1975 e do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde. Isto é, o modelo atual visa uma concretização mais efetiva do direito em discussão, por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada (MENDES, 2012, p. 956).

Neste sentido, as mencionadas ações e serviços de saúde precisam ser garantidas por meio de políticas sociais e econômicas que, em suma, pertencem ao gênero políticas públicas

que de acordo, com Martin (2014, p.10) essas podem ser definidas como “instrumentos de alcance da inclusão social, por serem mecanismos estatais que intervêm em vários âmbitos da sociedade visando reequilibrar situações de discriminação e de injustiças sociais”. Contudo, é importante colacionar o seguinte conceito elaborado por Saulo Pivetta (2014, p.100): “Políticas Públicas são instrumentos de ação do Estado, que pressupõe planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados”. Esse conceito foi destacado, pois ele complementa o anterior e sistematiza o que são políticas públicas.

Neste diapasão, é possível inferir que as políticas sociais e econômicas voltadas à saúde são um conjunto de ações, metas e planos que trazem em seu seio ações e serviços que visam promover, proteger e recuperar a saúde da população. Dessa forma, servindo como instrumento para possibilitar o acesso universal e equânime as ações e serviços mencionados.

Por conseguinte, essas políticas precisam ser aprovadas pelos gestores do SUS no âmbito federal, estadual e municipal, uma vez que, não há hierarquia entre eles, mas competências específicas. Destaca-se que os gestores de cada ente federativo têm liberdade para criar suas próprias políticas. No âmbito federal o Ministério da Saúde (MS) realiza a gestão criando políticas nacionais, mas para que os projetos sejam realizados é necessária a participação dos estados, municípios, empresas e outros parceiros. Desse modo, frisa-se que além de atuar como parceiros os estados e municípios possuem secretarias específicas e tem competência para criar suas próprias políticas sociais e econômicas. Contudo, não se pode olvidar que os municípios são aliados para aplicação de políticas públicas federais e estaduais (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008, pp. 8-9).

Desta monta, no âmbito federal as políticas sociais e econômicas são ajustadas na Comissão Intergestores Tripartite (CIT), integrada por representantes do Ministério da Saúde, das secretarias municipais e das secretarias estaduais de saúde, na seara estadual pela Comissão Intergestores Bipartite (CIB), composta pelos representantes das secretarias municipais e da secretaria estadual de saúde, e no âmbito municipal elas são aprovadas pelo Conselho Municipal de Saúde (CMS) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008, p.5).

Ademais, para que o direito à saúde seja salvaguardado não basta à aprovação de políticas públicas. É preciso recursos para que elas sejam executadas. Sendo assim, a CF/88 prevê que o SUS será financiado pela seguridade social, além de outras fontes, bem como determina as receitas destinadas a esse sistema e o mínimo a ser aplicado. Neste sentido, o estabelecimento das receitas e o valor mínimo a ser aplicado nas políticas sociais e econômicas de saúde são fruto da EC n. 29 de 13 de setembro de 2000, salvo o valor mínimo

estabelecido para União que foi objeto da EC n. 86/2015 como será explanado (CONASS, 2015, p.98).

Em linhas gerais, a EC n. 29 estabelecia que a União deveria adequar os gastos anuais com o do ano anterior, com a correção da variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). A LC nº 141 de Janeiro de 2012 ratificou essa base. Porém, esse modelo só teve vigência até o exercício de 2015, pois a EC n. 86 de 17 março de 2015 estabelece que a União deverá aplicar anualmente, nas ações e serviços abordados, o montante que equivale ao valor da Receita Corrente Líquida (RCL) do exercício financeiro correspondente, assim sendo, esse não pode ser inferior a 15%. Todavia, essa porcentagem deve ser cumprida de forma progressiva, ou seja, garantindo inicialmente no primeiro exercício financeiro, 2016, 13,2% até chegar em 15%. Essa última emenda é muito polêmica, visto que ela é um dos responsáveis pelo subfinanciamento do SUS e a consequente crise que ele está enfrentando (CONASS, 2015, p.97).

Em relação, aos Estados, o Distrito Federal e aos Municípios a EC nº 29 continua tendo validade. Dessa forma, estabelecendo que os primeiros deverão aplicar anualmente 12% da arrecadação dos impostos estaduais, ICMS, IPVA e ITCMD, as transferências da União, isto é, FPE, IPI e IE e as transferências da LC nº 87/96 (Lei Kandir). Além, do IRRF e outras receitas correntes. Contudo, desse total arrecadado é preciso subtrair as transferências, previstas na lei e na constituição, que devem ser endereçadas aos municípios, ou seja, 25% do ICMS, 50% do IPVA e 25% do IPI-E (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008, p. 10)

Já os municípios devem aplicar 15% de suas receitas referentes aos impostos municipais, quais sejam ISS, IPTU, ITBI, às transferências da União, cota-parte do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), do ITR e as transferências da Lei Kandir. Esse mesmo percentual incide sobre o Imposto de Renda retido na Fonte, às transferências do Estado, cota-parte do ICMS, IPVA e do IPI, bem como sobre outras receitas correntes (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008, p. 11).

Dito isto, é importante destacar que segundo Costa (2015, p.15) o Brasil vem enfrentando uma crise fiscal que além de outros setores vem ameaçando claramente o SUS. O subfinanciamento desse sempre existiu, mas é possível mencionar que ele vem se agravando cada vez mais, tendo em vista a EC n. 86 que gera uma queda na arrecadação, porque os recursos federais que financiam a saúde são calculados a partir da RCL da União, e como estamos vivendo uma crise econômica, de forma automática ocorre a queda.

Neste sentido, a União sempre financia por meio do piso como teto, mas os estados e municípios o fazem por meio do piso e consequentemente os estados e municípios vêm

ultrapassando esse, ou seja, o estado vem gastando mais de 15% e os municípios estão investindo cerca de 25%, gerando o estrangulamento do subfinanciamento. Frisa-se, ainda, que a não aprovação do Projeto de Lei de iniciativa Popular Saúde + 10 que exigia que União investisse ao menos 10% de sua receita bruta nessa área e os cortes orçamentários realizados, principalmente entre 2015 e 2016, como mencionado, estão contribuindo para a crise do SUS (COSTA, 2015, p. 16 a 19).

Contudo, apesar da mencionada crise Odorico Monteiro, em uma entrevista, acertadamente lembra (CONSENSUS 2015, p.19): “Uma coisa é você ter uma crise e deixar de construir uma estrada, por exemplo. Mas quando há 500 pessoas fazendo um tratamento de câncer, não é possível interromper o tratamento e fazê-las esperar”. De fato, a situação do Brasil não é a das melhores, mas estamos falando da saúde da população brasileira que por sua vez vai além da ausência de doenças, ou seja, está conectada a qualidade de vida do homem, conforme leciona Bulos (2015, p. 1568): A “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças”. Logo, a crise não pode servir como desculpa ao extremo subfinanciamento do SUS e colocar em ameaça a sua existência, pois estamos diante de vidas.

Outrossim, existe a PEC nº 01-A de 2015, proposta pelo Deputado Federal Vanderlei Macris, dispondo que o valor mínimo aplicado anualmente pela União em ações e serviços públicos de saúde deve ser escalonado em cinco exercícios e respectivamente corresponde a 15%, 16%, 17%, 18%, e 18,5% da RCL. Desse modo, corrigindo o inaceitável percentual de 13,2% que equivale a aproximadamente cerca de 10 bilhões a menos para saúde em 2016, se comparado com o percentual de 2015 que representou 14,8% (CONSENSUS 2015, p.21). Vale destacar, que a PEC n. 01-A foi aprovada para o segundo turno de discussão e votação na Câmara dos Deputados em 30 de março de 2016, mas até o dia 06 de julho de 2016 a matéria não foi apreciada em virtude do encerramento da Sessão.

Enfim, o objetivo foi trazer à baila, em linhas gerais, o modo como o Poder Executivo cria e financia as políticas econômicas e sociais que visam proteger, promover e recuperar a saúde da população, por meio do Sistema Único de Saúde. Desta feita, traçando um paralelo com as principais alterações do texto constitucional tendo em vista a crise econômica e política que o Brasil está enfrentando. Ressalta-se, que o financiamento às políticas mencionadas é um tema complexo que demanda uma pesquisa mais aprofundada. Logo, é de relevo alertar que o panorama apresentado tratou apenas de questões superficiais a fim de se discutir a concretização do direito à saúde frente à do reserva do possível. Mas, o que é a reserva do possível?

O termo reserva do possível foi cunhado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 18 de Julho de 1972, ao dirimir o conflito existente entre a restrição do número de vagas em algumas Universidades e a Lei Fundamental Alemã que assegura a todos os alemães o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação. Sendo assim, restou consignado que as prestações pleiteadas pelo indivíduo devem estar pautadas naquilo que é razoável exigir da sociedade. Logo, algumas prestações ficam limitadas a reserva do possível. Tal decisão foi fruto de vários critérios, como os de admissão no ensino superior, às inscrições de um candidato em mais de um curso e outros (KELBERT, 2011, pp. 69-70).

É essencial informar que a Lei Fundamental alemã prevê expressamente a reserva do possível no art. 109, §2º que reza: “A Federação e os Estados devem tomar em consideração no seu regime orçamentário às exigências do equilíbrio da economia no seu conjunto”. Contudo, a CF/88 só estabelece os percentuais mínimos a serem aplicados em determinadas searas, como no caso da saúde analisada no tópico anterior (KELBERT, 2011, p. 74)

Desse modo, é preciso entender a necessidade de se ponderar o termo reserva do possível em relação ao Brasil, pois é muito comum conectá-lo a insuficiência de recursos que serve como obstáculo à concretização dos direitos sociais. Entretanto, a reserva do possível não se restringe a mera insuficiência de recursos, pelo contrário, possui três dimensões. Além disso, o contexto histórico do Brasil é diferente do da Alemanha, sendo assim fundamentando a necessidade de ponderação do termo (KELBERT, 2011, p. 75).

Neste seguimento, é possível fixar que a reserva do possível é uma espécie de sinalização jurídica e fática que deve ser observada para que se concretize os direitos sociais adequadamente. Essa sinalização também tem por escopo proteger os direitos fundamentais. Por conseguinte, colige-se o seguinte pensamento SARLET (2015, p. 388): “A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais (...)”. Á vista disso, constata-se que a reserva do possível não é um mero limitador de direitos fundamentais.

No que concerne a natureza jurídica a doutrina e a jurisprudência não possuem um entendimento pacificado. Dessa forma, é comum a reserva do possível ser tratada ora como uma doutrina, ora como princípio e em outros momentos como uma cláusula. Portanto, em virtude da complexidade não é possível indicar a natureza jurídica correta desse instituto (KELBERT, 2011, p. 772).

Inclusive, há quem afirme que a reserva do possível é uma falácia, isto é, consiste segundo Sarlet (2003, p. 120) em: “(...) um argumento decorrente do neoliberalismo contemporâneo, sob o disfarce de uma realidade enganosa, (...) ocultando a verdade sobre os custos inerentes a todos os direitos fundamentais”. O que não é adequado, pois como mencionado a reserva do possível possui três dimensões e não se limita a questão das prestações materiais (recursos).

Diante do que foi exposto, é pertinente se refletir sobre as três dimensões, quais sejam a dimensão fática (ligada a falta de recursos), a dimensão jurídica (ligada a indisponibilidade de recursos) e a dimensão negativa (ligada a proteção de outros direitos fundamentais). Refletir sobre essas três dimensões gera uma compreensão condigna do problema.

A dimensão fática resume-se a inexistência de recursos para concretizar um direito prestacional, como o direito à saúde. Entretanto, essa inexistência precisa ser provada, sob pena do administrador responder por seu comportamento antagônico ao cargo que ocupa. Desse modo, se faz necessário que os percentuais já mencionados sejam aplicados (KELBERT, 2011, p. 74).

Contudo, o cerne da questão está vinculado a EC. n. 86 que reduziu drasticamente o percentual da União. Por esse motivo é importante que a PEC n. 01-A/2015 seja aprovada, logo é preciso que os cidadãos lutem por essa aprovação. Mas, como observa Ana Costa (2015, p.25), diretora do Centro de Estudos Brasileiros em Saúde (CEBS): “conquistamos o direito à saúde na Constituição, mas não conquistamos a consciência de cidadania na população”. Portanto, é preciso entender que os recursos são escassos e que além do direito à saúde existem outros direitos sociais que precisam ser concretizados. Todavia, diante da relevância do bem jurídico em discussão é preciso lutarmos pelos percentuais da PEC n. 01-A.

Em contrapartida, a dimensão jurídica refere-se à indisponibilidade de recursos para concretização dos direitos fundamentais, ou seja, os recursos existem, mas não podem ser utilizados. Desta feita, essa indisponibilidade pode estar ligada ao orçamento público já aprovado e que não poderia ser alterado por determinação judicial, bem como ao conflito de interesses entre a coletividade e um indivíduo que pleiteia a concretização de um direito fundamental (KELBERT, 2011, pp. 83-84).

Em relação, a indisponibilidade jurídica, frisa-se, o conflito de interesses entre a coletividade e um indivíduo que pleiteia a concretização do seu direito subjetivo. É preciso que o judiciário seja cauteloso e passe dirimir esse conflito de forma ponderada. Porém, não é o que acontece em alguns casos. Segundo o CONASS (2015, p. 4) o estado do Sergipe

destinou, em 2012, R\$ 27.800.000,00 para assistência farmacêutica, mas cerca de R\$ 10.000.000,00 foram destinados a atender a demandas processuais individuais. Desse modo, beneficiando menos de 1% da população e deixando R\$ 17.000.000,00 para atender a 99% da população. Ressalta-se que essa situação é complexa e envolve o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Portanto, a discussão será retomada no capítulo 3.

Finalmente, no tocante a dimensão negativa é importante destacar que ela quebra a ideia de que a reserva do possível se resume a escassez de recursos. Isto é, essa dimensão prima pela concretização de todos os direitos fundamentais, sendo assim, servindo como obstáculo a satisfação de uma prestação que possa comprometer a satisfação de outras (KELBERT, 2011, p. 87).

Neste contexto, destaca-se que o estado do Amazonas foi obrigado a fornecer tratamento *Home Care* (atendimento domiciliar) a um paciente que estava internado na rede pública por muitos anos, mesmo a Administração Estadual advertindo sobre os riscos da transferência o juízo decidiu pela concessão da liminar. O paciente foi removido, com gastos altíssimos, e com 12 dias após a sua transferência veio a óbito. Desse modo, a Administração Pública, nesse caso, alegou a reserva do possível no sentido de proteger a vida do cidadão e a satisfação dos demais direitos fundamentais pela coletividade (CONASS, 2015, p.7).

Em síntese, a reserva do possível precisa ser vislumbrada com seriedade, uma vez que sua finalidade primordial é proteger todos os direitos fundamentais tendo em vista a escassez dos recursos. Contudo, não se pode esquecer que muitas vezes o Poder Executivo alega dolosamente a insuficiência de recursos. Logo, é preciso analisar cautelosamente se as três dimensões foram observadas para que o Poder Judiciário passe a intervir.

Nesta perspectiva, se alerta que muitas vezes os casos são complexos, pois acabam envolvendo uma análise da reserva do possível com o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Desta feita, é pertinente observar essa situação por meio da análise de casos concretos e delimitar até que ponto é justificável a intervenção do Poder Judiciário, haja vista se estar diante de uma norma programática, que por sua vez é aberta, isto é, está exposta à revolução científica e corrobora na descoberta de novos medicamentos e tratamentos.

## **CAPÍTULO 3. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: CASOS EMBLEMÁTICOS**

### **3.1 Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial: Quando a Intervenção da Microjustiça é Essencial**

Tendo em vista que os capítulos anteriores se destinaram a abordar o tema sob a perspectiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo é essencial analisá-lo em relação ao Poder Judiciário, pois como já mencionado a Constituição Federal Brasileira de 88 vincula todos os poderes. Desta feita, ressalta-se que a análise da postura do Judiciário em relação à concretização do direito à saúde é imprescindível, uma vez que, o modo como algumas demandas individuais são decididas afetam a concretização de políticas públicas destinadas à promoção, proteção e recuperação do direito em estudo.

Contudo, é de relevo destacar que as instâncias políticas, Poder Legislativo e Executivo, possuem mais aparatos para realizar a macrojustiça, isto é, por meio das políticas públicas sanitárias e levando em consideração a limitação dos recursos é possível atender as demandas coletivas de uma forma mais equitativa (LOPES, 2016, p. 2).

Diante da inércia de tais instâncias não é incomum demandas judiciais que versem sobre a concretização da norma em discussão. O busílis está localizado no fato do juiz efetivar a justiça de acordo com as nuances do caso concreto, o que se denomina microjustiça, e na consequente “microvisão” dos recursos públicos que muitas vezes repercute de forma negativa na concretização do direito em relação à coletividade (LOPES, 2016, p. 2).

Por conseguinte, é crucial definir o princípio da dignidade da pessoa humana, o conteúdo e o *quantum* do mínimo existencial a fim de demonstrar quando a intervenção do Judiciário, na concretização da norma programática em destaque, é essencial.

#### **3.1.1 Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da República Federativa do Brasil**

O ser humano, para o Direito, não é considerado como uma coisa sem valor, mas como sujeito de direitos e por essa qualidade merece um tratamento diferenciado. Sendo assim, para se compreender a importância de ser assegurado ao menos o mínimo existencial

do que está insculpido na norma em comento é relevante analisar as nuances da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos moldes do art. 1º da CRFB/88, e está ligado à promoção de um tratamento diferenciado que o ser humano merece, por ser sujeito de direitos. Sobre os conteúdos da dignidade humana esclarece-se:

A dignidade apresenta três conteúdos essenciais: o valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. Isso significa que o ser humano não pode ser considerado como objeto nem pode ter suprimida a sua liberdade (valor intrínseco). O ser humano é um sujeito dotado de capacidade de decidir e escolher, não apenas no plano privado, mas, também, na dimensão política. Isso envolve, inclusive, a garantia de um mínimo existencial que assegure concretamente ao indivíduo o exercício de escolhas (autonomia). Ademais, a dignidade significa o valor do indivíduo enquanto parte do grupo, o que envolve a necessidade de limitações para garantia de sua própria integridade e da integridade alheia, inclusive no tocante a exigência de solidariedade (valor comunitário) (JUSTEN, 2015, p.179).

Desta feita, a análise feita por Marçal Justen Filho é completa uma vez que a dignidade humana é abordada em três aspectos, isto é, no sentido de que o ser humano é um sujeito de direitos e, portanto, merece um tratamento diferenciado. Tem capacidade para decidir e escolher em sua vida privada e na política (soberania popular) e, para isso, é preciso ser assegurado, ao menos, o mínimo existencial da norma em discussão. Além disso, existe a necessidade de limites para ser garantida a integridade de todos.

Nos termos do art. 1º da Lei Fundamental Alemã de 1949: “A dignidade da pessoa humana é sagrada. Todos os agentes da autoridade pública têm o dever absoluto de a respeitar e proteger”. Apesar da CF/88 não tratar de forma específica a dignidade humana, como a Constituição alemã o faz, é importante salientar em consonância com Justen (2015, p.179) que: “O regime de direito administrativo e o exercício do poder público apenas adquirem sentido quando relacionados à supremacia da dignidade humana”.

Por outro lado, os direitos sociais, realça-se o direito à saúde, na Alemanha, não foram alçados a categoria de direitos fundamentais. Desse modo, se fez essencial a positivação e a respectiva delimitação do conteúdo da dignidade da pessoa humana para fins de guiar a concretização desses direitos com fulcro no mínimo existencial. No Brasil, os direitos sociais foram consagrados como direitos fundamentais. Logo, apesar da dignidade da pessoa humana contribuir para os contornos do mínimo existencial a positivação minuciosa, como a da Alemanha, foi entendida como desnecessária pelo constituinte, em virtude da fundamentalidade dos direitos sociais (PIVETTA, 2014, p. 79).

Em suma, é crucial compreender que o ser humano não é um objeto e que ele possui direitos destinados a exigir uma postura ativa do Estado, em algumas situações, e uma postura ausente em outras. Que ele é autossuficiente para fazer suas escolhas e tomar decisões e o mais importante que a integridade do ser humano deve ser assegurada da forma mais isonômica possível para toda coletividade, e não apenas ao indivíduo considerado de forma singular. Desta forma, essas premissas espraiam em uma análise crítica do mínimo existencial, como será exposto a seguir.

### **3.1.2 Mínimo Existencial: Uma Análise Crítica**

O mínimo existencial é um direito que possui a finalidade de garantir os recursos mínimos para que seja possível viver de forma, ao menos, digna. Sendo assim, esse direito apresenta duas faces, isto é, uma destinada a coibir a interferência do Estado para que esse não retire, por meio do fisco, os recursos mínimos essenciais a uma vida, nos moldes mencionados. E a outra vinculada a necessidade do Estado adotar uma postura ativa no sentido de prestar os recursos básicos a uma vida digna (HACHEM, 2013, p.95).

Frisa-se que o direito ao mínimo existencial não se relaciona com os ideais da Justiça Distributiva típica dos Estados Sociais, uma vez que, as prestações básicas oriundas desse direito se restringem a assegurar uma vida ao menos digna e a garantir o exercício das liberdades fundamentais (HACHEM, 2013, p. 97).

Portanto, é completamente inadequado confundir a extensão do direito ao mínimo existencial com a extensão do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Desta forma, o primeiro atua como uma espécie de alicerce do direito à vida garantindo-a de um modo geral, mas sem promovê-la de forma plena. E no que tange a dignidade da pessoa humana o mínimo existencial é um meio que busca concretizá-la, porém não consegue atingir todas as suas vertentes posto que para que elas sejam realizadas o mínimo existencial é um meio insuficiente. (HACHEM, 2013, p. 100).

Ao contrário da Reserva do Possível que, em síntese, indica a escassez de recursos, o mínimo existencial tem o escopo de assegurar um mínimo de eficácia social aos direitos de natureza social. Nesta esteira, é basilar definir o conteúdo e o *quantum* do mínimo existencial, bem como sua relação com a dignidade da pessoa humana (PIVETTA, 2014, p. 80).

Quanto ao conteúdo do mínimo existencial há uma divergência doutrinária, pois uma parte dessa advoga que esse conteúdo só pode ser determinado de acordo com as nuances do caso concreto, desse modo, não sendo possível traçar os contornos do mínimo existencial

antes do ajuizamento da demanda e a respectiva averiguação processual. Por outro lado, a corrente doutrinária contrária entende que, sem prejuízo das peculiaridades do caso concreto, é possível sim traçar os contornos do mínimo existencial por meio de uma leitura sistemática do texto constitucional e levando em conta o momento histórico que antecedeu a promulgação da Constituição, isto é, identificando o que o legislador constituinte pretendia proteger<sup>5</sup> (PIVETTA, 2014, p. 95).

Por conseguinte, se entende que o posicionamento mais adequado é o da segunda corrente, uma vez que, os fundamentos, objetivos e os princípios que regem a República Federativa do Brasil, de um modo geral, permitem moldar o núcleo existencial que se destina a coibir os abusos enfrentados anteriormente. É essencial alertar que o núcleo que compõe o mínimo existencial se destina a erradicar, ainda que paulatinamente, a pobreza, isto é, a garantir que todos sem distinções possam gozar de uma vida minimamente digna.

Sendo assim, a primeira corrente destoa desse objetivo em razão da impossibilidade de estabelecer o mínimo existencial dos direitos fundamentais de um modo equitativo, pois estabelecer os parâmetros do mínimo existencial por meio da análise das peculiaridades do caso concreto corrobora em um núcleo que não pode ser assegurado a todos indistintamente.

Em relação ao *quantum* também há uma divergência. Uma corrente assevera que o mínimo existencial seria o teto máximo dos direitos fundamentais. Isto é, o conteúdo compreendido como mínimo existencial deve ser vinculante e aplicado imediatamente ainda que por ordem judicial. Mas, além do teto máximo estabelecido seria necessária a atividade legislativa. Por outro lado, a corrente contrária defende que o mínimo existencial deve ser compreendido como o piso mínimo no sentido de que o núcleo essencial protegido e sindicável, inclusive judicialmente, não constitui um obstáculo a certificação de outros conteúdos que também são sindicáveis independente da atividade do legislador ordinário. Sendo assim, o núcleo essencial é imediatamente aplicável e os conteúdos que não o integram estão sujeitos à ponderação (HACHEM, 2013, p. 121).

---

<sup>5</sup> É preciso alertar que o posicionamento adotado nesta pesquisa destoa do entendimento de Saulo Pivetta que é filiado a segunda corrente, posto que após a análise do contexto histórico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inferiu-se que há indícios de que o legislador constituinte pretendeu basicamente conter o movimento social que antecedeu a promulgação da CF/88, pretensão típica dos legisladores das Constituições Sociais do Século XX, e consequentemente ludibriar a população para coibir os avanços dos ideais socialistas. Contudo, é impossível não reconhecer as lutas sociais pela positivação dos direitos e os avanços alcançados. Desta monta, entende-se que a segunda corrente é a mais adequada não pela, possível, “falsa intenção” do legislador em proteger a população, mas pelas lutas sociais e políticas que foram travadas com o intuito de alcançar um tratamento digno tendo em vista os abusos anteriormente praticados. Sendo assim, a busca pelo fim desses está refletida no texto constitucional que apesar da intenção do legislador não podemos olvidar que as normas constitucionais apresentam “um fim nobre” que padece de concretização e para que essa seja alcançada é preciso um controle social mais veemente.

Ao se estabelecer o mínimo existencial como um piso mínimo não é possível inferir que esse núcleo abarca um conteúdo absoluto. Pelo contrário, esse não exclui a apreciação de outros conteúdos que não o integram, mas estão intimamente ligados aos direitos fundamentais. Desta feita, é preciso ter a consciência de que o mínimo existencial deve ser compreendido como uma regra por já ter passado por um processo de ponderação, análise da constituição, mas que essa regra pode ser restringida no caso concreto quando houver um conflito com o núcleo essencial de outro direito fundamental (PIVETTA, 2014, p. 84).

Contudo, nesse caso, o procedimento é mais complexo em razão do conteúdo que integra o mínimo existencial ser “definitivo” fruto de uma ponderação realizada preliminarmente. Todavia, os conteúdos que integram os direitos fundamentais, mas não integram o mínimo existencial possuem uma probabilidade maior de serem afastados quando confrontados com alguns princípios como o da reserva do possível, pois não foram objeto da mencionada ponderação prévia. Em suma, o mínimo existencial nada mais é que o âmago do direito, mas ele pode sofrer raras limitações desde que exista uma fundamentação plausível (PIVETTA, 2014, p. 84).

Nesta toada, vale realçar que há uma divergência quanto à estrutura normativa do mínimo existencial. Os que afirmam que se trata de um princípio sustentam que ele só pode ser concretizado na medida do possível em consonância com as nuances fáticas e jurídicas de cada caso, desse modo, podendo ser afastado, por exemplo, pelo princípio da reserva do possível. O problema é que esse direito só se torna definitivo após um processo de ponderação do magistrado, o que acaba esvaziando o conteúdo desse direito (HACHEM, 2013, p. 119).

Em contrapartida, os que o enquadram como uma regra defendem que o mínimo existencial já é o produto de um processo de ponderação. Logo seu conteúdo é definitivo por ser um meio de concretização da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente não ser possível afastá-lo facilmente. Contudo, isso não significa que esse direito é revestido de uma blindagem, pois dependendo do caso concreto ele pode ser afastado, mas de uma maneira mais trabalhosa que a anterior, visto que essa regra já foi objeto de ponderação (HACHEM, 2013, p. 125).

Em síntese, enquadrá-lo como uma regra equivale à delimitação da discussão ligada as demandas que devem ou não ser deferidas uniformemente pelo judiciário, posto que ao classificá-lo como um princípio a tarefa ligada a diferenciação entre o mínimo existencial e os demais conteúdos que compõem os direitos fundamentais se torna obscura e ligada à avaliação de cada juiz que podem proferir sentenças diferentes em casos similares. Desta

feita, é imprescindível tratá-lo como uma regra que não pode ser afastada sem uma fundamentação razoável.

Sendo assim, a alegação da ausência de recursos por parte do Executivo em relação ao mínimo existencial, pleiteado por um cidadão em juízo, não deve prosperar, pois se o Estado não consegue assegurar a todos uma vida com um mínimo de dignidade isso significa que há um problema na alocação das verbas públicas, isto é, as escolhas devem ser feitas de uma maneira adequada e o Estado deverá arcar com as prestações pleiteadas, inclusive, custeando, por exemplo, hospitais privados se não existe uma estrutura apta para recepcioná-lo no SUS.

Uma vez fixado que o conteúdo do mínimo existencial deve ser traçado em harmonia com o texto constitucional, que o seu *quantum* se relaciona a ideia do piso mínimo, bem como que esse direito possui estrutura normativa de regra. É essencial delimitarmos o mínimo existencial do direito fundamental à saúde.

Ressalta-se que no capítulo anterior, foi abordada a suposta indeterminabilidade desse direito, já que estamos diante de uma norma com baixa densidade normativa, ou seja, aberta tendo em vista os avanços da medicina e da própria sociedade. Porém é preciso aclarar que o próprio texto constitucional e as atividades do legislador ordinário e da Administração Pública permitem a delimitação do conteúdo do direito à saúde que é bem amplo (PIVETTA, 2014, p. 85).

Definir o conteúdo do mínimo existencial relacionado ao direito à saúde não é uma atividade fácil, pois nessa seara ou o pedido é deferido, ainda que extremamente custoso, ou as chances de viver do demandante são reduzidas. Contudo, não é possível que todos os conteúdos que integram o direito à saúde passem a compor o mínimo existencial. Portanto, apenas as prestações que estão vinculadas à “saúde básica”, como o acesso igualitário as instalações e aos bens e serviços de saúde, ao saneamento básico e aos medicamentos previstos na RENAME, por exemplo, são abarcadas pelo mínimo existencial. O objetivo é evitar o deferimento de muitas demandas altamente custosas que podem comprometer as políticas públicas endereçadas à coletividade (PIVETTA, 2014, p. 79).

Em suma, é fundamental delimitar o mínimo existencial, pois ele é um meio de realização da dignidade da pessoa humana, que por sua vez possui outras vertentes que não se esgotam com a realização do mínimo existencial. Logo, estabelecer um conteúdo mais fechado implica na diferenciação entre o que é mínimo existencial e os outros conteúdos que integram os direitos fundamentais e as demais vertentes da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, como o mínimo existencial já foi objeto de uma ponderação preliminar o seu conteúdo, via de regra, deve ser aplicado independente do princípio da

reserva do possível e outros. Mas, não se pode olvidar que dependendo do caso ele pode ser afastado, o que é bem mais complexo. No que tange aos demais conteúdos dos direitos fundamentais relacionados com a dignidade da pessoa humana, eles podem ser afastados com uma facilidade maior, visto que não foram objeto de uma ponderação preliminar. Nessa esteira, analisar o mínimo existencial com uma lente mais crítica evita o emprego banal desse direito quando relacionado à dignidade da pessoa humana (PIVETTA, 2014, p. 84).

Em consonância com essa doutrina crítica do mínimo existencial se depreende que as prestações relacionadas ao mínimo existencial espraiam na necessidade do Judiciário atuar no sentido de banir as omissões dos outros Poderes. Contudo, se sabe que o direito ao mínimo existencial não corresponde às expectativas geradas pelo Estado Social e Democrático de Direito, pois seu conteúdo transcende o mínimo existencial.

Destarte, é elementar esclarecer os fenômenos Judicialização e Ativismo Judicial a fim de identificar se o que ocorre é uma mera judicialização do direito à saúde ou se há uma postura ativista dos juízes. Em sequência, será analisada a jurisprudência, que versa sobre o direito à saúde, do STF e do STJ para finalmente sinalizar os limites da concretização, do direito em comento, pelo Poder Judiciário.

### **3.2 Judicialização e Ativismo, sob a Perspectiva do Direito à Saúde**

É muito comum a confusão entre os termos Judicialização e Ativismo, mas com lembra Freire (2010, p.4): “É necessário não confundir, apesar de possuírem pontos em comum, (...). Pois, enquanto o ativismo é uma atitude manifestada através da vontade política do judiciário que age ante a inércia dos demais poderes, a judicialização é a transferência de poder (...) para o judiciário”. Desse modo, apesar da citada distinção, traçada pelo autor, se torna essencial abordar as nuances desses fenômenos para posteriormente sinalizar o que ocorre em relação ao direito à saúde.

De acordo com Oliveira; Azevedo (2015, p. 480) a judicialização é um fenômeno que consiste em vários fatores que levam os cidadãos a optarem pela via judicial para se debater questões com repercussão política e social, que por sua vez, deveriam ser debatidas no âmbito das instâncias políticas. No que tange aos mencionados fatores Barroso, (2009, pp. 3-4) assevera que existem uns que são uma predisposição mundial, e que outros estão conectados ao modelo institucional do Brasil. Desse modo, ele colige que os fatores responsáveis pela judicialização são: I- a redemocratização do país, II- a constitucionalização abrangente e III- o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

A redemocratização do país teve como clímax a promulgação da Constituição Federal de 1988 que possibilitou uma mudança do Poder Judiciário, isto é, a partir do momento em que os magistrados recuperaram suas garantias, o Judiciário passou a assegurar o cumprimento da Constituição e das demais leis e conseqüentemente perdeu a característica de um departamento meramente técnico especializado. Destaca-se, também, que a democracia despertou na população a consciência dos seus amplos direitos, bem como deu ensejo à expansão institucional do Ministério Público e ampliou a participação da Defensoria Pública o que, em suma, gerou um aumento nas demandas por justiça (BARROSO, 2009, p. 3).

Em relação ao segundo fator se assevera que o texto constitucional de 1988 traz em seu seio matérias que antes ficavam a cargo do processo político majoritário e para legislação ordinária, desse modo, nossa Constituição é classificada como analítica por tratar detalhadamente de vários temas. Por conseguinte, toda matéria que é regulamentada por uma norma constitucional tende a transformasse em uma pretensão jurídica. Logo, constitucionalizar uma matéria equivale à transformação de Política em Direito (BARROSO, 2009, p. 3).

No que tange ao último fator, isto é, ao sistema brasileiro de controle constitucionalidade vale lembrar que se trata de um sistema híbrido, uma vez que, o Brasil adotou os modelos de controle de constitucionalidade americano e o europeu. Desta monta, em consonância com o modelo americano de controle incidental e difuso, adotado por nós, um juiz em um caso concreto pode deixar de aplicar uma lei caso entenda que ela é inconstitucional (BARROSO, 2009, p. 5).

Em contrapartida, pelo modelo europeu de controle por ação direta, algumas matérias, que versam sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade, podem chegar diretamente ao STF. Vale realçar, ainda, que o rol que indica os legitimados a propor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) prevista no art. 103, CF/88 é bastante amplo. Á vista disso, o acesso ao STF foi facilitado (BARROSO, 2009, p.5).

Em síntese a judicialização é um fenômeno que transcende a vontade dos magistrados. O próprio texto constitucional traz em seu seio matérias que antes da Constituição Federal de 88 ficavam a mercê das instâncias políticas, porém ao serem constitucionalizadas podem se transformar em pretensões jurídicas. Além disso, o próprio Sistema de Controle de Constitucionalidade do Brasil favorece a ocorrência desse fenômeno. Isto posto, como Barroso (2009, p. 2) esclarece: “A judicialização ampla, portanto, é um *fato*, uma

circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário”.

De outro modo, o ativismo judicial está ligado a uma atitude dos juízes, ou seja, eles optam por interpretar a Constituição de uma maneira que amplie o seu sentido. Via de regra, esse fenômeno ocorre pela inércia do Poder Legislativo, que por sua vez entende que é bem mais cômodo deixar o Judiciário resolver questões mais complexas, como os direitos dos homossexuais. O problema é que as demandas sociais surgem e por não serem evitadas ou dirimidas pelas instâncias com expertise natural acabam chegando ao Judiciário e esse acaba decidindo de forma ativista (BARROSO, 2009, p. 9).

Neste sentido, o ativismo nada mais é do que o protagonismo do Judiciário que atua concretizando as normas constitucionais, ante as omissões dos demais poderes. Tal protagonismo só se deu após a promulgação da Constituição de 1988, pois anteriormente a postura do Poder Judiciário estava pautada na auto contenção, isto é, ele não interferia nas matérias de competência dos outros poderes e acabavam restringindo o espaço de incidência das constituições (BARROSO, 2009, p. 7). É salutar identificar as condutas que são o esqueleto do ativismo judicial:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 7).

Em linhas gerais, essas condutas expressam os moldes como o ativismo pode se manifestar. Seja pela aplicação da Constituição em situações não englobadas pelo seu texto e sem a respectiva manifestação do legislador, por a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos editados pelo legislador ordinário de acordo com critérios mais flexíveis, bem como quando o Judiciário determina que o Poder Público deve adotar uma postura positiva ou ausente, principalmente em relação as políticas públicas. Desse modo, ao contrário da judicialização que é um fato que não está ligado a uma opção do judiciário, o ativismo, como aclara BARROSO (2009, p. 9): “é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes”.

Diante das distinções traçadas entre os fenômenos judicialização e ativismo jurídico, é pertinente indicar quais deles ocorre em relação à concretização do Direito à Saúde, bem como os problemas emanados dessa forma de concretização do direito em epígrafe.

Preliminarmente, será traçada uma breve explanação acerca de um dos principais problemas que impede a concretização do direito pelas instâncias políticas.

Antes de ser promulgada a Constituição de 88 os serviços públicos de saúde ficavam restritos aos brasileiros com trabalhos formais. Todavia, com a promulgação da Constituição de 88 todos os brasileiros, mesmo os sem vínculo empregatício formal, e inclusive os estrangeiros, passaram a ser titulares desse direito que é bem amplo (BARROSO, 2009, p. 14).

Destaca-se que como já demonstrado, nas linhas anteriores, as políticas econômicas e sociais devem estar voltadas à redução dos riscos de doenças e a buscar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, sem olvidar que é preciso priorizar as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Contudo, apesar do texto constitucional priorizar as ações preventivas, as políticas públicas estão mais voltadas, por exemplo, a Assistência Farmacêutica. De acordo com Barroso (2009, p. 26), em 2007 o Estado do Rio de Janeiro aplicou R\$ 240.621.568,00 em programas voltados à Assistência Farmacêutica, mas em relação aos programas voltados ao Saneamento Básico apenas R\$ 102.960.276,00, ou seja, R\$ 137.661.292,00 a menos.

Essa situação é problemática, pois ao se investir em saneamento básico, construção de redes de água potável, em geral, na dimensão preventiva desse direito, a qualidade de vida da população melhora e conseqüentemente há uma redução dos atendimentos ambulatoriais e hospitalares e no uso dos medicamentos. Logo, o texto constitucional está sendo aplicado de uma maneira invertida. Vale realçar, que até a junho de 2016, o Brasil já gastou R\$ 4,8 bilhões com procedimentos ligados a atendimentos ambulatoriais e hospitalares, conforme Douglas (PANO DE FUNDO, 2016, p. 31) realça:

De acordo com o Ministério da Saúde, em 2015 foram registrados no SUS nada menos que 4,1 bilhões de procedimentos, entre atendimentos ambulatoriais e hospitalares (...). O custo desses atendimentos foi de 31,7 bilhões. Este ano já foram registrados 569,4 milhões de procedimentos e que demandaram R\$ 4,8 bilhões.

O direito à saúde é muito abrangente e por esse motivo ele gera muitas demandas sociais, que por sua vez, podem pleitear: saneamento básico, medicamentos, tratamentos terapêuticos, vacinas, hospitais equipados, além de outras prestações. Desse modo, tendo em vista a aplicação invertida do texto constitucional, as omissões das instâncias políticas, os avanços da medicina e o modelo institucional brasileiro já era esperado que essas demandas chegassem ao Judiciário. Mas afinal, o que ocorre em relação ao direito à saúde: Judicialização ou Ativismo?

A resposta é simples. O direito à saúde é objeto dos dois fenômenos, pois em virtude do modelo institucional brasileiro e das omissões das instâncias políticas a população brasileira acaba enxergando o Judiciário como “o único caminho apto” a fornecer suas prestações. Portanto, vivenciamos a judicialização do direito à saúde, tendo em vista o grande número de demandas que versam sobre esse direito. Desta feita, essa judicialização excessiva espalha no ativismo judicial, isto é, em decisões que impõe ao Poder Público o fornecimento das prestações pleiteadas.

Em princípio, a judicialização e o ativismo, em matéria de saúde pública, são fenômenos positivos, pois apesar de existirem indícios da (real) intenção do legislador constituinte, o Poder Judiciário prima pela concretização dessa norma programática, retirando-lhe a característica de um programa sem nenhuma vinculatividade. Contudo, a atual postura ativista do Judiciário vem trazendo alguns problemas, isto é, ao se posicionar em matéria de políticas públicas, a partir de um caso concreto, algumas decisões acabam repercutindo negativamente nas políticas públicas endereçadas a coletividade.

Desse modo, passa-se a identificação dos parâmetros adequados para solução desse tipo de demanda judicial e a análise da jurisprudência do STF e do STJ, que trata sobre o direito em comento. Alerta-se que a análise a seguir está voltada as demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos.

### 3.2.1 Breve Panorama da Jurisprudência do STF e do STJ

Preliminarmente, é importante destacar que de acordo com o site do Supremo Tribunal Federal e o site Superior Tribunal de Justiça, até o dia 20 de Julho de 2016, estavam disponíveis, respectivamente, 12.572 e 101.514 decisões que versam sobre o direito à saúde. Distribuídas da seguinte forma.

**TABELA 1.** Tipos de decisões que versam sobre o Direito à Saúde no STF

TIPOS DE DECISÕES	NÚMERO DE DECISÕES
ACÓRDÃOS	851

<b>DECISÕES MONOCRÁTICAS</b>	10027
<b>DECISÕES DA PRESIDÊNCIA</b>	1677
<b>REPERCUSSÃO GERAL</b>	17

Fonte: Autor.

**TABELA 2.** Tipos de decisões que versam sobre o Direito à Saúde no STJ

<b>TIPOS DE DECISÕES</b>	<b>NÚMERO DE DECISÕES</b>
<b>ACÓRDÃOS</b>	2947
<b>DECISÕES MONOCRÁTICAS</b>	98547
<b>ACÓRDÃOS REPETITIVOS</b>	13
<b>DECISÕES DE AFETAÇÃO (RECURSOS REPETITIVOS)</b>	7

Fonte: Autor.

Desta feita, diante do considerável número de decisões que versam sobre o direito à saúde, mais uma vez se demonstra a relevância do tema. Ressalta-se, que dentre os recursos que foram julgados pelo STF e pelo STJ se optou pela análise dos que abordam o fornecimento de medicamentos, posto que não existem parâmetros para o fornecimento de fármacos de alto custo e a análise dessas decisões permitem uma compreensão adequada da teoria trabalhada anteriormente.

Ademais, o meio mais satisfatório para se compreender a judicialização e o ativismo judicial é a jurisprudência, ou seja, como os tribunais superiores, entenda-se o STF e o STJ, estão se posicionando em relação à concretização desse direito. É de relevo sublinhar que, via de regra, quem sempre recorre ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de

Justiça, em demandas relacionadas ao direito à saúde, é o Estado (União, Estados, Distrito Federal e os Municípios) e na maioria das decisões os recursos não são providos, haja vista se tratar de um direito fundamental de importância ímpar, conforme se verá adiante por meio da análise das decisões proferidas nos seguintes recursos.

**TABELA 3.** Breve Panorama da Jurisprudência do STF e do STJ sobre o Fornecimento de Medicamentos

RECURSO	TRIBUNAL	DATA DE PUBLICAÇÃO
Recurso Extraordinário 607.582	Supremo Tribunal Federal	13-08-2010
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 818.572	Supremo Tribunal Federal	02-09-2014
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 894.085	Supremo Tribunal Federal	15-12-2015
Recurso Especial 1.488.639	Superior Tribunal de Justiça	20-11-2014
Recurso Especial 1.585.22	Superior Tribunal de Justiça	17-06-2016
Agravo Regimental no Recurso Especial 1.068.105	Superior Tribunal de Justiça	23-06-2016

**Fonte:** Autor.

Feitas as considerações iniciais, frisa-se que a judicialização do direito à saúde no Brasil, até o mês de abril do ano 2016, estava pautada, exclusivamente, nos parâmetros fixados pelo voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sede do Agravo Regimental na

Suspensão da Liminar 47. Trata-se de um recurso interposto pelo estado de Pernambuco, não provido conforme a ementa:

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, SLAgR.47. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. DJE:17-03-2010).

Vale destacar que o ministro Gilmar Mendes (2010, p.22) convocou uma Audiência Pública- Saúde, que foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, tendo em vista a grande quantidade de processos sobre o direito à saúde que envolvia questões complexas. Desse modo, foram ouvidos gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, além de acadêmicos e de entidade e organismos da sociedade civil. Por conseguinte, ele alertou em seu voto que para definir os parâmetros da Judicialização do direito fundamental à saúde ele utilizou a experiência e os dados colhidos na mencionada audiência pública

De acordo com os parâmetros fixados pelo ministro o primeiro passo que deve ser adotado pelo magistrado, quando ele se deparar com uma demanda envolvendo o direito à saúde, é analisar se o pedido da parte está alicerçado pela existência, ou não, de uma política social, pois se há uma política formulada pelo SUS o judiciário não estará criando políticas públicas, mas apenas determinando o seu cumprimento. Sendo assim, ficando clara a existência do direito subjetivo a respectiva política pública (MENDES, 2010, p.23).

Todavia, quando o pedido do demandante não está previsto nas políticas do SUS a questão se torna mais complexa, ou seja, é necessário identificar no caso concreto se ocorreu omissão das instâncias políticas, se a administração pública decidiu não fornecer a prestação pleiteada ou se há uma vedação legal a prestação (MENDES, 2010, p.23).

Desta feita, quando se trata de uma omissão administrativa injustificada o deferimento da tutela não equivale a uma invasão de competência. Contudo, quando a administração pública decide não fornecer a prestação pleiteada, mas oferece um tratamento alternativo eficaz, o judiciário, em regra, não deve conceder a respectiva tutela, pois os medicamentos e tratamentos ofertados pelo SUS passaram pela avaliação de especialistas e, portanto, são mais seguros (MENDES, 2010, p. 24).

Alerta-se que quando o tratamento pleiteado não está previsto em uma política pública e não existe um tratamento alternativo em uma política existente, é preciso verificar se

o tratamento pleiteado é experimental ou se ele já foi chancelado por especialistas, mas não foi recepcionado pelo SUS. Dessa maneira, na primeira hipótese se orienta que o Judiciário não deve conceder a tutela, tendo em vista que é mais adequado o cidadão se inscrever no projeto de pesquisa, em vez de exigir que o Estado custeie e forneça um tratamento oneroso, cuja eficácia não foi comprovada. Em contrapartida, na segunda hipótese a tutela poderá ser concedida, uma vez que, as descobertas da medicina são mais céleres que a burocracia administrativa. Logo, essa burocracia não pode ser um obstáculo à concretização do direito à saúde (MENDES, 2010, p.25).

Por fim, o art. 12 da Lei n°. 6.360/1976 (dispõe sobre a vigilância sanitária) reza que: “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.” Essa hipótese constitui a vedação legal mencionada anteriormente, ou seja, a Administração não pode fornecer produtos que não foram registrados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) (MENDES, 2010, p.25).

Enfim, se não há registro na ANVISA pressupõe-se que o medicamento não é seguro, porém essa vedação legal pode ser flexibilizada. Especialmente, quando há uma demora na tramitação do registro e o cidadão corra o risco de ser privado do tratamento. Realça-se que para ocorrência dessa flexibilização é imprescindível uma longa instrução probatória a fim de demonstrar a adequação da mediada, bem como se constatar a inexistência de tratamento alternativo ofertado pelo SUS (MENDES, 2010, p.25).

Em linhas gerais, é essencial que o juiz saiba identificar a prestação pleiteada, ou seja, se existe, ou não, uma política pública amparando o pedido para a partir dessa premissa concretizar o direito em comento, conforme as nuances mencionadas anteriormente. Porém, uma recente decisão do STF em 19 de maio de 2016 alterou o panorama da judicialização do direito à saúde.

Tal decisão foi proferida no julgamento da Medida Cautelar da ADI 5501, que versa sobre a inconstitucionalidade da Lei n°. 13.269/2016 que autoriza o uso da substância fosfoetanolamina pelos pacientes com neoplasia maligna. Essa lei autorizava o uso da mencionada substância, que por sua vez, não foi objeto de estudos conclusivos em relação aos efeitos colaterais em seres humanos. Desta monta, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da lei e determinou a suspensão dos seus efeitos (SCHULZE, 2016).

Nessa esteira, se inaugura novos parâmetros para judicialização da saúde, pois como lembra Schulze (2016) a decisão vincula todos os Tribunais e Juízes do país, nos moldes do art. 11 § 1º da Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o julgamento da Ação

Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Após a suspensão dos efeitos da Lei n.º. 13.269/2016, a Corte estabeleceu que ao dever do judiciário de fornecer medicamentos à população contrapõe-se a responsabilidade de garantir a qualidade e a segurança dos produtos em circulação no território nacional, isto é, não é mais possível que o judiciário forneça medicamentos sem segurança comprovada. Destaca-se, ainda, que os estudos da medicina não podem se restringir à cura de enfermidades. É essencial que eles não se desvinculem dos cuidados com a qualidade das drogas distribuídas.

Nesse sentido, de acordo com o relator Marco Aurélio (2016) não é mais permitida a distribuição de medicamentos sem o controle de viabilidade sanitária e a aprovação e registro do produto na ANVISA é condição para controlar a qualidade terapêutica do produto. Desse modo, inexistindo a aprovação e o registro a inadequação é presumida. Outrossim, destaca-se que não cabe ao Congresso Nacional, por ato desacomodado, distribuir medicamentos, cuja eficácia não foi assegurada.

Em suma, todos esses parâmetros se resumem a necessidade de todos os Poderes zelarem pelo bem-estar da população. Desta feita, se torna inadmissível permitir a utilização de substâncias sem estudos clínicos que atestem a segurança do medicamento. Ao se traçar uma comparação com os parâmetros fixados em 2010 é perceptível que, de um modo geral, eles não entram em conflito, salvo em relação à flexibilização do fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, pois essa hoje é entendida pela Corte como inadequada, pelos motivos explanados. Frisa-se, que o voto do ministro Gilmar Mendes não vinculava o judiciário, mas a recente decisão do STF vincula. Uma vez traçados os parâmetros para judicialização do direito à saúde, passa-se à análise da jurisprudência.

De acordo com o site do STF, em relação ao fornecimento de medicamentos, algumas questões são classificadas como de repercussão geral. Dentre elas merece destaque o bloqueio de verbas públicas para garantia do fornecimento de medicamentos, Recurso Extraordinário (RE) 607.582/RS. Além dessa matéria com repercussão geral, se destaca o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (AgRg no RE com Ag.) 894.085/SP, que trata da implementação de políticas públicas pelo Judiciário, e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRg. no RE) 818.572/CE, que aborda o fornecimento de medicamentos de alto custo.

Em consonância com o RE 607.582 interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, julgado por meio de decisão monocrática, haja vista a pacificação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, a ministra Ellen Gracie manifestou-se pela possibilidade do bloqueio das

verbas públicas para o fornecimento de medicamentos. É o que se depreende da seguinte ementa:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim do: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. BLOQUEIO DE VALORES NA CONTA CORRENTE DO ENTE PÚBLICO EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA JUDICIAL. CABIMENTO. Agravo desprovido. Unânime.

(...) 2. Este Tribunal, no julgamento do RE 607.582, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. **Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade do bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos** (STF, RE 607.582. Relatora: Ministra Elen Gracie, Decisão Monocrática. DJe:13-08-2010) (grifo nosso).

Em relação, as políticas públicas a suprema corte entende que o Poder Judiciário pode determinar a implementação das políticas direcionadas ao direito à saúde sem que reste configurada a violação ao princípio da separação dos poderes. Bem como, que o fornecimento de medicamentos e tratamentos gratuitos são obrigações solidárias dos entes da federação. Desta monta, por decisão unânime da Primeira Turma foi negado o provimento ao AgRg no RE com Ag. 894.085, interposto pelo município de São de Paulo, pois esse apenas alegou a não hipossuficiência financeira da parte agravada, mas nos moldes da Súmula 279/STF, matérias fático-probatórias, não podem ser discutidas em sede de RE, como se observa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SÓLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 279/STF.

1. **É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.**

2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de **que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes.**

3. **A controvérsia relativa a hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF.**

4. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AgRg- RE com Ag. n. 894.085/SP, Relator: Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 15/12/2015) (grifo nosso).

No que tange ao fornecimento de medicamentos de alto custo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é o mesmo, isto é, como no julgado citado anteriormente o fornecimento de medicamentos é uma obrigação solidária de todos os entes da federação. Sendo assim, de acordo com a votação unânime da Primeira Turma, em sede do AgRg. no RE

818.572, interposto pelo Estado do Ceará, que foi escolhido pelo tribunal de origem por representar a controvérsia de outros recursos com o fundamento idêntico, os medicamentos devem ser fornecidos pelo Estado, em todas as suas esferas, ainda que o fármaco seja de alto custo. Realça-se que o agravo interposto pela União foi julgado prejudicado, como se observa:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. JULGAMENTO CONJUNTO. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. EXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM. ARTIGO 543-B DO CPC E ART. 328 DO RISTF.

1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação.
2. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência da repercussão geral da questão relativa ao fornecimento de medicamentos de alto custo. Aplicação do art. 543-B do CPC.
3. Agravo regimental do Estado do Ceará não provido e agravo regimental interposto pela União prejudicado (STF, AgRg no RE n. 818.572/CE, Relator: Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 02/09/2014).

Neste diapasão, se passa a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Consoante o entendimento jurisprudencial do tribunal superior é possível afirmar que, em relação ao bloqueio de verbas públicas e a responsabilidade solidária dos entes da federação para o fornecimento de medicamentos, o Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo posicionamento do STF.

Desta feita, dentre as decisões vinculadas ao fornecimento de medicamentos se destaca o RESP 1.585.522/RO, que aborda o fornecimento de medicamentos que não estão previstos na lista do SUS, o Agravo Regimental no RESP 1.068.105/RS, que discute o fornecimento do medicamento Lantus a uma criança diabética e o RESP n. 1.488.639/SE, que trata da não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial,

O RESP 1.585.522/RO, julgado por decisão unânime da Segunda Turma do STJ, inicialmente chama atenção, pois o recorrente não é o Estado, mas uma pessoa física que obteve o provimento. Cinaite Fonseca interpôs o recurso em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Rondônia que reformou a sentença do juízo *a quo* por entender que o Estado não tem obrigação de fornecer medicamentos não arrolados na lista do SUS. Contudo, a Corte de Justiça se posicionou contra essa reforma e deferiu o provimento ao recurso, como se verifica:

ADMINISTRATIVO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. AUSÊNCIA NA LISTA BÁSICA DO SUS. PREVALÊNCIA DA LEI 8.080/90. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Apresentado como único óbice ao fornecimento de medicamento, a ausência do fármaco na lista básica do SUS, embora possua registro na ANVISA, não exime o

estado de prestar ao cidadão o necessário atendimento, em enlevo ao direito à vida e à saúde previsto na Lei 8.080/1990, máxime na hipótese dos autos, em que o ente estatal não indicou substituto.

2. "Não se pode admitir, consoante reiterada jurisprudência desta Casa de Justiça, que regras burocráticas, previstas em portarias ou normas de inferior hierarquia, prevaleçam sobre direitos fundamentais como a vida e a saúde (STJ, RESP 1585.522, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 17/6/2016).

Recurso especial provido.

É de relevo mencionar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça está em sintonia com os parâmetros da judicialização do direito à saúde. Ou seja, o medicamento pleiteado está registrado na Anvisa como exige os novos parâmetros fixados em maio de 2016, mas o fato do medicamento não estar previsto na lista do SUS e a Administração Pública não indicar um medicamento alternativo ou uma justificativa plausível não podem ser compreendidos como barreiras à concretização do direito à saúde.

Nesse segmento, destaca-se também o AgRg no RESP n. 1.068.10 que foi interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, sob o argumento de que não caberia ao STJ rever a decisão do juízo *a quo*, tendo em vista a Súmula 7/STJ. Foi alegado ainda que o fornecimento do medicamento postulado, por não estar previsto na lista de medicamentos do SUS, inviabilizaria o acesso universal e igualitário do direito à saúde. Contudo, a Primeira Turma por unanimidade negou provimento ao recurso, tendo em vista as peculiaridades do caso, isto é, não existir nenhum medicamento disponível na lista do SUS eficaz no combate à doença da recorrente. Desse modo, mais uma vez restou configurada a aplicação dos parâmetros para judicialização do direito à saúde, como se constata:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO *LANTUS*, NÃO PREVISTO NA LISTA DE MEDICAMENTO DO SUS, PARA TRATAMENTO DA MENOR, À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, PORTADORA DEDIABETES. EFICÁCIA TERAPÊUTICA DO FÁRMACO ATESTADA POR MÉDICA ESPECIALISTA DE NOSOCÔMIO GAÚCHO QUE ACOMPANHA O TRATAMENTO. MOLÉSTIA REFRACTÁRIA AOS TRATAMENTOS DISPONIBILIZADOS PELA REDE PÚBLICA. ARTS. 196 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INFÂNCIA. FLEXIBILIZAÇÃO DE ENTRAVES ADMISSIONAIS. NECESSIDADE DO MEDICAMENTO COMPROVADA (STJ, RESP n. 1.068.105, Relator: SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 23/06/2016)

Por outro lado, o RESP 1.488.639 trouxe à baila a discussão sobre mínimo existencial e a reserva do possível. O recurso foi interposto pela União, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que confirmou o pedido de tutela antecipada do medicamento Clexane 60 mg., a gestante Silvana Maria Santos portadora de

trombose aguda. Desse modo, o STJ negou provimento ao recurso, com fulcro no entendimento pacificado de que o fornecimento de medicamentos é uma obrigação solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e por entender que o direito da requerente está incluso no conceito do mínimo existencial, bem como fixou multa diária, em caso de descumprimento da determinação judicial. Logo, não sendo oponível a reserva do possível, uma vez que, não foi comprovada a incapacidade econômica financeira do ente estatal, consoante o posicionamento do STJ:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL.

(...) 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da *separação dos poderes*, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes

**3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.**

(...) 6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde.

7. Recurso Especial não provido (STJ, RESP n. 1.488.639, Relator: HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 20/11/2014) (grifo nosso).

Em síntese, é visível a intensa judicialização do direito à saúde e a postura cada vez mais ativista do Poder Judiciário que foi demonstrada a partir desse breve panorama da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Desta feita, se faz necessário refletir sobre os limites da judicialização e do ativismo judicial em relação ao fornecimento de medicamentos

### 3.3 Limites da Judicialização e do Ativismo

O século XXI está sendo marcado pela forte presença do Poder Judiciário, principalmente em relação à concretização da norma constitucional em comento. Nesse seguimento, a judicialização é um fenômeno oriundo do próprio modelo institucional

brasileiro e a excessiva judicialização do direito à saúde leva ao ativismo judicial, essencialmente em matérias de políticas públicas.

Diante dos parâmetros fixados para judicialização do direito à saúde traçados pelo ministro Gilmar Mendes e o novo entendimento do Supremo, que como já mencionado, em suma, apenas presume a inadequação do medicamento sem aprovação e registro na ANVISA e vincula todo o Poder Judiciário. É importante traçar alguns comentários acerca da jurisprudência citada anteriormente. Vale lembrar que não existem parâmetros para o fornecimento de medicamentos de alto custo.

No que tange aos julgados do STF o bloqueio de verbas públicas para o fornecimento de medicamentos é uma matéria pacificada. Bem como, o fato do fornecimento de medicamentos, inclusive os fármacos com alto custo, serem obrigações solidárias dos entes da federação. Portanto, a Suprema Corte entende que a implementação de políticas públicas direcionadas ao direito à saúde é possível sem que reste configurada a violação a separação dos poderes, dessa maneira, deixando transparecer a postura ativista do STF. Contudo, é importante reconhecer que a alegação da reserva do possível pela Administração Pública deve ser analisada com cautela.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo posicionamento do STF em relação ao bloqueio de verbas públicas e a responsabilidade solidária dos entes da federação nas demandas que versam sobre fornecimento de medicamentos. Em relação aos medicamentos registrados na Anvisa, mas sem previsão na lista do SUS a Corte de Justiça vem decidindo pela concessão do fármaco, quando a Administração não apresenta uma justificativa plausível ou não oferece um medicamento alternativo.

Outrossim, mesmo quando o medicamento não está previsto na lista do SUS o STJ, diante das peculiaridades do caso, entendeu que o direito da gestante portadora de trombose estaria incluso no mínimo existencial, mas como a Administração Pública não conseguiu comprovar a incapacidade econômico-financeira a reserva do possível não foi oponível. Percebe-se que apesar de elogiável, a intenção dos julgadores, a decisão destoa da análise crítica do que seria o mínimo existencial, ou seja, o direito da gestante não está incluso no mínimo existencial visto que esse está ligado à saúde básica, isto é, ao que todos podem pleitear judicialmente e independe da alegação da ausência de recursos por parte do Estado. Desta monta, conclui-se que o direito da recorrida compõe o direito à saúde que é mais amplo, mas conforme as peculiaridades do caso o direito foi devidamente assegurado.

Desta monta, o posicionamento do Poder Judiciário, frisa-se do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em relação à implementação da norma

programática em discussão é fundamental, pois é visível a inércia das instâncias políticas nessa matéria. Logo, tal posicionamento ratifica que as normas programáticas não são meros programas sem nenhuma vinculação.

Diante não só da inércia do Legislativo e do Executivo, mas também da aplicação invertida do texto constitucional que prioriza as atividades preventivas, o que não ocorre, é extremamente complicado criticar a excessiva judicialização e conseqüentemente as decisões ativistas em matéria de saúde. É visível que:

Num país onde a desigualdade social é gritante, há uma crítica permanente ao Judiciário por este não ter a alegada legitimidade democrática para intervir diretamente na concretização de direitos fundamentais. (...) Claro está que no momento no qual a Constituição alude às normas programáticas e elenca, para além delas, políticas públicas que visam melhorar a condição da população do país, a tão questionada ilegitimidade cai por terra (FREIRE, 2010, p. 8).

Todavia, o grande problema é que o Judiciário realiza a justiça no caso concreto e o direito a saúde é um direito de todos. Sendo assim, quando o judiciário determina a entrega de um determinado remédio ele acaba privilegiando as pessoas que tem acesso à Justiça, seja pelo conhecimento dos direitos ou até mesmo por terem condições de arcar com as custas processuais, isto é, o fármaco fornecido não entra na RENAME e conseqüentemente não beneficia a coletividade que também precisa do mesmo remédio. Por conseguinte, conclui-se que a concretização do direito à saúde pelo Judiciário, ainda acaba privilegiando os que têm conhecimento de seus direitos e recursos financeiros (BARROSO, 2012, p. 18).

Ademais, é preciso atentar para o fato de que o STF admite o bloqueio de verbas públicas e assevera que o fornecimento de medicamentos, inclusive os de alto custo, é uma obrigação solidária de todos os entes da federação. Desta feita, algumas decisões podem impactar de uma forma negativa a implementação das políticas sociais endereçadas à coletividade, pois como já mencionado não existem parâmetros para o fornecimento de fármacos caros. Desse modo, é fundamental que exista muita cautela nas decisões, uma vez que, apesar da má utilização da reserva do possível, por alguns gestores públicos, não há controvérsias quanto à escassez de recursos.

Nessa esteira, como já mencionado, no Capítulo II, dos R\$ 27.8000.000,00 destinados à Assistência Farmacêutica, no Estado de Sergipe, aproximadamente R\$ 10.000.000,00 foram aplicados no cumprimento de demandas judiciais, desse modo, beneficiando apenas 1% da população. Por conseqüência, é visível que a concretização, pelo Judiciário, da norma programática em destaque também apresenta um lado negativo.

Contudo, quando se trata do mínimo existencial, ainda que seja extremamente difícil identificar o núcleo existencial do direito à saúde, mas partindo do pressuposto de que ele está conectado à “saúde básica”, como por exemplo, o fornecimento de um medicamento previsto na RENAME, a reserva do possível não é oponível. Logo, as decisões do judiciário pautadas no mínimo existencial não causam impactos tão negativos no orçamento público quanto a determinação do fornecimento de remédios que não estão previstos nas relações de medicamentos.

É de importância ímpar a concretização do direito à saúde pelo judiciário, mas como já demonstrado, essa concretização, algumas vezes, apresenta uma repercussão negativa. Desta feita, se conclui que a implementação do direito à saúde pelo judiciário não é o caminho mais adequado. Todavia, diante de algumas circunstâncias não havendo essa concretização a norma perde o seu sentido.

Sendo assim, é preciso a existência de cautela, ou seja, nas demandas que buscam a concretização da norma em discussão os juízes precisam identificar o mínimo existencial, e nesses casos as decisões não causam muitos impactos negativos, seguirem os parâmetros fixados para judicialização do direito à saúde e quando o medicamento ou a prestação pleiteada não estão previstos em uma política social é indiscutível a necessidade de haver um diálogo entre os três Poderes e ser realizada a oitiva de especialistas para que os demais titulares do direito não sejam prejudicados.

Desta feita, apesar dos pontos negativos oriundos da concretização pelo Poder Judiciário é crucial a atuação desse Poder. Contudo, é preciso que o cidadão mude sua postura, ou seja, cobre mais do Poder Executivo e do Legislativo, pois os políticos são os representantes do povo e devem se posicionar de uma forma mais ativa em relação à concretização da norma programática que versa sobre o direito à saúde, haja vista a relevância desse bem jurídico. Infelizmente, os cortes realizados nos orçamentos destinados as políticas sociais de saúde são reflexo da concretização insuficiente das instâncias políticas

Porém, não existe oposição popular, suficiente, a esse absurdo. Como afirma Ana Maria Costa (2015. p.25): “Não há revolta nem indignação, pois estas políticas não se configuram como um direito conquistado para população. Prevalece sempre o sentimento que é coisa para pobre. ”.

Neste diapasão é preciso mais compromisso das instâncias políticas, diálogo entre os três Poderes e o controle social, entenda-se, uma maior participação da população nos Conselhos e Conferências de saúde, previstos na Lei nº 8.142/90, pois os usuários do SUS são

os mais qualificados a apontar os problemas enfrentados e conseqüentemente os ajustes serem realizados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos movimentos sociais que antecederam a promulgação das Constituições Contemporâneas, analisadas nesse trabalho, se aventa que a positivação das normas programáticas não está vinculada apenas aos nobres ideais do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social) como a doutrina clássica advoga. Isto é, há indícios de que essas se destina(ra)m a ludibriar a população, haja vista a repetida contenção dos mencionados movimentos sociais e o atual lapso temporal em que foi promulgada Constituição Brasileira de 1988 (aproximadamente 28 anos). Em outras palavras, ainda existem muitas normas programáticas que carecem de regulamentação legislativa e outras que a concretização não é satisfatória, como a que versa sobre o direito à saúde.

Todavia, é impossível não reconhecer os avanços sociais alcançados, após a positivação dessas normas, e por esse motivo o constitucionalismo do futuro que traz como um de seus fundamentos “a verdade”, que consiste na retirada de tudo o que o que não for viável cumprir do texto constitucional, não é a saída. Uma vez que, apesar das instâncias políticas enfrentarem “alguns problemas” em relação à concretização das normas programáticas o Poder Judiciário vem desempenhando um papel importante na concretização dessas, sendo assim, é visível o compromisso com a verdade. Ademais, não se pode olvidar que todas as normas programáticas vedam o retrocesso legislativo o que corrobora na segurança jurídica, ou seja, uma lei infraconstitucional com o conteúdo infenso ao da norma programática não passa pelo crivo da constitucionalidade.

A fim de apresentar os limites de concretização das normas programáticas e apontar, na prática, o que é o compromisso com a verdade a norma escolhida para esse feito foi a que versa sobre o direito à saúde. Desse modo, conclui-se que o legislador constituinte, consagrou o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado que deve ser garantido, mediante políticas sociais econômicas que buscam reduzir os riscos de doenças e outros agravos, bem como o acesso universal e isonômico às ações e serviços para respectiva promoção, proteção e recuperação. Realça-se que, o mesmo legislador, determinou que as ações e serviços públicos do Sistema Único de Saúde devem priorizar as atividades preventivas.

Contudo, ao se analisar a atuação do Poder Executivo em relação à concretização do direito à saúde foi constatado que as ações preventivas ligadas, em geral, ao saneamento básico não são priorizadas o que corrobora em gastos em outras áreas, como por exemplo,

atendimentos ambulatoriais e fornecimento de medicamentos. Portanto, há uma concretização invertida do texto constitucional. Ademais, o subfinanciamento do Sistema Único de Saúde, que se agravou com a aprovação da EC 86/2015 e os cortes orçamentários, previstos na LOA de 2000 a 2016, em relação ao Ministério da Saúde, contribuem para o ajuizamento de demandas que versam sobre o direito à saúde.

Logo, a partir desse quadro problemático de concretização pelo Poder Executivo é inevitável o ajuizamento de ações que pleiteiam as mais variadas prestações que são supedaneadas pela norma programática em comento. Desse modo, é crucial entender que o conteúdo da norma programática que abarca o direito à saúde é aberto, ou seja, está sujeito aos avanços científicos e as respectivas descobertas da medicina. Portanto, a atuação do Judiciário deve ser dotada de cautela, pois os recursos são escassos e a maioria das ações versam sobre a dimensão subjetiva do direito (titularidade individual) apesar do art. 196, CRFB/88 asseverar que a saúde é direito de TODOS.

Ainda que seja extremamente complicado definir o mínimo existencial do direito fundamental à saúde, tal definição é necessária, pois o conteúdo da norma é muito amplo e ao se definir o núcleo existencial, em virtude da dignidade da pessoa humana, a intervenção do Poder Judiciário é indispensável. Sendo assim, a reserva do possível nessas situações é inoponível, visto que se a Administração Pública não consegue assegurar o mínimo do direito à saúde, que seria basicamente a entrega de medicamentos previstos na RENAME, acesso paritário as instalações e aos bens e serviços de saúde básicos, isso significa que houve um problema com a alocação das verbas públicas que não deve ser suportado pela população.

Em contrapartida, não se pode reduzir o conteúdo das normas programáticas ao mínimo existencial, pois aquele é bem mais amplo e esse não consegue realizar todas as vertentes da dignidade da pessoa humana e não promove plenamente o direito à vida e a saúde. Portanto, apesar de ser essencial a intervenção do Judiciário nas demandas que versam sobre o mínimo existencial isso não significa que esse não deva intervir em demandas com conteúdo mais amplos.

Enfim, o século XXI está sendo marcado pela grande atuação do Poder Judiciário, principalmente em relação à concretização do direito à saúde. Essa atuação é marcada pela ampla judicialização do direito em destaque, haja vista a insuficiente concretização pelo Poder Executivo, e pelas decisões ativistas em matérias de políticas públicas. Em consonância, com os julgados, examinados, do STF e do STJ que versam sobre o fornecimento de medicamentos se depreende que as instâncias inferiores, no geral, vêm julgando procedente as demandas e que na maioria dos casos quem recorre as instâncias superiores é o Estado

(União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e, geralmente, os recursos não são providos. De acordo, com essa premissa se conclui que o Judiciário vem se posicionando no sentido de sedimentar que as normas programáticas não são meros programas sem nenhuma vinculatividade, ou seja, que essa é uma nomenclatura ultrapassada. Nesse sentido, resta demonstrado o compromisso com a verdade.

Contudo, apesar do subfinanciamento ao direito à saúde e da aplicação invertida do texto constitucional é preciso lembrar que, de um modo geral, a população ainda não possui uma consciência política sólida, uma vez que, se essa existisse os usuários do SUS poderiam cobrar mais das instâncias políticas, por meio da participação dos Conselhos e Conferências de Saúde e conseqüentemente poderia ocorrer uma melhora na prestação dos serviços.

Ressalta-se, ainda, que a atuação do Poder Judiciário não apresenta apenas pontos positivos, ou seja, em virtude da microvisão dos recursos públicos o deferimento de uma determinada demanda pode afetar a concretização de políticas públicas endereçadas a coletividade. Por conseguinte, diante do atual quadro do Brasil apesar de existir essa possibilidade, já que não existem parâmetros para solução de demandas com custos vultuosos, o papel do Poder Judiciário continua sendo primordial, pois se trata de uma norma que demanda uma concretização URGENTE.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, José. da Silva **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

AURÉLIO, Marco. **Voto do Ministro Marco Aurélio**. Relator da ADI 5501. Suspensão da Eficácia da Lei 13.269/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>>. Acesso em: 15 de jul. 2016.

BARBOSA, Ruy. **Comentário a Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARRETO, João; GOMES, Camila. **Vinte anos da Constituição Federal**. São Paulo: Boreal, 2008.

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.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 20 de jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235174218181901.pdf>> Acesso em: 23 de jul. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: 1824.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: 1934.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 1967.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 85, 26 de fev. de 2015**. Brasília: 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.101, de 19 de dez. de 2000**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil.

BRASIL. **PEC nº 01-A de 2015**. Projeto de Emenda Constitucional.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1.068.105. **Fornecimento do Medicamento Lantus. Não Previsto na Lista do SUS**. Relator: Min. Sérgio Kukina, 23 de junho de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61736549&num\\_registro=201600525004&data=20160617&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61736549&num_registro=201600525004&data=20160617&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 15 de jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.488.639. **Fornecimento de Medicamentos. Não Oponibilidade da Reserva do Possível**. Relator: Min. Herman Benjamin, 20 de novembro de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41145829&num\\_registro=201402691190&data=20141216&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=41145829&num_registro=201402691190&data=20141216&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 15 de jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.585.22. **Fornecimento de Medicamento. Ausência na Lista Básica do SUS**. Relator: Min. Gurgel de Faria, 17 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fornecimento+de+medicamentos&b=ACOR&p=true&l=10&i=22>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 818.572. **Fornecimento de Medicamentos de Alto Custo. Repercussão Geral Reconhecida**. Relator: Min. Dias Toffoli, 02 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28fornecimento+de+medicamentos%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j7qhxp>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 894.085. **Obrigação Solidária dos entes Federativos. Implementação de Políticas Públicas.** Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8597788>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 607.582. **Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de Valores.** Relatora: Min. Elen Gracie, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AdocID=613791>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Liminar. Agravo Regimental nº 47. **Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde.** Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8597788>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

BULOS, Uadi. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 7 ed. Coimbra: Edições Almeida, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen, prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONASEMS. **Financiamento Sistema Único de Saúde.** Disponível em: <[http://www.conasems.org.br/images/Mauro\\_CONASEMS\\_CTI.pdf](http://www.conasems.org.br/images/Mauro_CONASEMS_CTI.pdf)>. Acesso em: 23 de jun. 2016.

CONASS. **Matérias de Repercussão Geral que Impactam no sistema Único de Saúde.** Disponível em: <[http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_13B.pdf](http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_13B.pdf)>. Acesso em: 20 de mai. 2016.

CONASS. **Para Entender a Gestão do SUS.** Disponível em: <<http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/A-GESTAO-DO-SUS.pdf>>. Acesso em: 15 de mai. 2016.

COSTA, Ana Maria. **Crise! Ameaça ou Oportunidade?.** In: Revista Consensus, ano V, n. 17, out/ nov. 2015.

DATAFOLHA. **Pesquisa sobre a saúde no Brasil.** Disponível em: <<http://www.interfarma.org.br/uploads/biblioteca/42-pesquisa-datafolhainterfarma.pdf>>. Acesso em: 29 de abr. 2016.

DOUGLAS, Jamerson. **A questão é evitar os Problemas.** Pano de Fundo, Caruaru, 06, abr./jun. 2016. Saúde, pp. 30-31.

FREIRE, Marco Aurélio. **Entre o político e o jurídico: o problema da politização do poder judiciário em contraposição à judicialização da política. Ativismo judicial e controle judicial de políticas públicas no Brasil.** In: III Congresso Uruguaio de Ciência Política, 2010, Montivideo.

HACHEM, Daniel Wunder. **A Utilização do Mínimo Existencial como Critério de Exigibilidade Judicial dos Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Reflexões Críticas.** In: Revista do Direito UNISC. Santa Cruz do Sul, n, 40, pp. 90- 141, out. 2013.

JUSTEN, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reflexões críticas sobre a viabilidade de um “Constitucionalismo do Futuro” no Brasil: Exegese valorativa.** In: Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba: v. 9. p.104, jun 2011.

LEAL, Rogério (Org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse do ministro Ricardo Lewandowski na presidência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acesso em: 28 de abr. 2016.

LOPES, Lisiane Mirian. **O Poder Judiciário e a concretização do direito fundamental à Saúde**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.5382&seo=1>>. Acesso em: 20 de mai. 2016.

MARTIN, Andrea. **As Políticas Públicas de Acesso à Justiça como Instrumento de Inclusão Social**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e2521b857a>. Acesso em: 05 de mai. 2016.

MEIRELLES, José Horácio Teixeira. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar. **Voto do Ministro Gilmar Mendes**. Relator da Suspensão da Liminar. Agravo Regimental nº 47. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/an5.pdf>>. Acesso em: 15 de jul. 2016.

MENDES, Gilmar; GUSTAVO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÉXICO. Constitución (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Querétaro. 1917. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/7.pdf>. Acesso em: 05 de fev. 2016.

**MINISTÉRIO DA SAÚDE**. Entendendo o SUS. Disponível em: <<http://central3.to.gov.br/arquivo/244264/>>. Acesso em 20 mai. 2016.

MORAES, José Geraldo. **História Geral e do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atual, 2005.

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na Constituição**. São Paulo: RT, 1981.

NOVAIS, Jorge. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

ODORICO, Monteiro. **Crise! Ameaça ou Oportunidade?**. In: Revista Consensus, ano V, n. 17, out/ nov. 2015.

OLIVEIRA, Tassiana; AZEVEDO, Ana Paula. **O Poder Judiciário, a Constituição e os Direitos Fundamentais: Ativismo Judicial no STF pela Crítica de Antônio José Avelãs Nunes**. In: XXIV Encontro Nacional do Conpedi- UFS, Florianópolis, 2015. pp. 476-489.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**. Senado, Brasília. Jan. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence2>. Acesso em: 20 mar. 2016.

PIVETTA, Saulo. **Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Tatiana. **A crise econômica, política e fiscal que o país vive afeta o SUS e ameaça a sua existência: O que pode ser feito para evitar um colapso do sistema de saúde brasileiro?**. In: Revista Consensus. Ano V, n. 17, Dez. 2015. Disponível em: [http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus\\_17.pdf](http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/revistaconsensus_17.pdf). Acesso em: 15 de mai. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHMIDT, Mario. **Nova História Crítica**. Nova Geração, 1996.

SCHULZE, Clenio Jair. **STF fixa novos parâmetros para Judicialização da Saúde**. Empório do Direito, 30 de mai. de 2016. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/judicializacao-da-saude>>. Acesso em 18 de jul. de 2016.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. São Paulo: Método, 2003.